

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FABIO ARTIGAS GRILLO

TRANSAÇÃO E JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

CURITIBA
2012

FABIO ARTIGAS GRILLO

TRANSAÇÃO E JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado.

Orientadora: Prof^a Dr^a Betina Treiger
Gruppenmacher

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIO ARTIGAS GRILLO

TRANSAÇÃO E JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca:

Orientadora: Prof^ª Dr^a Betina Treiger Grupenmacher
(Faculdade de Direito, UFPR)

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
(Faculdade de Direito, UFPR)

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
(Faculdade de Direito, UFPR)

Prof. Dr. Heleno Taveira Torres
(Faculdade de Direito, USP)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
(Universidade Católica de Brasília, AGU)

Curitiba, 20 de agosto de 2012.

Para Florencia, com amor.
A Bruno e Maria Elisa, minha gratidão.
Ao amigo e advogado Bruno Guiss ('in memoriam').

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho científico não teria sido realizado sem a orientação, com peculiar excelência, que tive a honra de receber da Professora Betina Treiger Grupenmacher; acreditando no tema e na fundamentação nele apresentados e, principalmente, incentivando o seu desenvolvimento desde o início do projeto de pesquisa.

Por diversas e importantes razões também agradeço a Aloísio Krebsbach, Carlos Eduardo Manfredini Hapner, Tarcísio Araújo Kroetz, Heleno Taveira Torres, Luiz Edson Fachin, Egon Bockmann Moreira, Eroulths Cortiano Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo, Ymiracy N. de Souza Polak, Leonardo Sperb De Paola, Octavio Campos Fischer e George Bueno Gomm.

Além de todos os demais Docentes e Colegas, com quem tive a satisfação de aprender cursando os créditos necessários no decorrer deste Programa de Pós-Graduação em Direito, agradeço às secretárias Laura, Sandra e Fátima pelo constante auxílio nas questões administrativas.

A Justiça é cega, sua balança desregulada e sua espada sem fio.

Millôr Fernandes (1923-2012)

RESUMO

A realidade brasileira atual revela um quadro de absoluta falta de efetividade dos meios existentes para a solução de controvérsias de natureza tributária e que se encontram à disposição do Poder Público e dos particulares. Não há, com base nesse quadro social de insegurança jurídica, efetividade do sobreprincípio da justiça tributária. A finalidade precípua da presente investigação científica é de apresentar uma análise jurídica da existência e coerência das normas jurídicas disciplinadoras da transação em relação ao sistema jurídico brasileiro, afastando quaisquer dúvidas dogmáticas que parem em relação à sua relação-de-pertinência, fazendo parte do todo que é o ordenamento positivo vigente. No primeiro capítulo, apresenta-se a transação sob o enfoque do regime jurídico de Direito Privado, justificando-se a relevância desse instituto de para fins de apreciação da transação sob o ângulo do Direito Público. Encontram-se contemplados nessa análise jurídica inicial o conceito, os requisitos e pressupostos gerais, a natureza jurídica, o objeto, suas modalidades, efeitos, inclusive sob o aspecto processual, e, também, as hipóteses de nulidade e anulabilidade, todos relacionados à transação no regime de Direito Privado, com previsão na Constituição Federal e no Código Civil. No segundo capítulo, desenvolve-se a temática da transigibilidade nas situações em que o Poder Público figura como parte interessada e quando as controvérsias relacionam-se ao interesse público. Demonstra-se que no Estado Democrático de Direito, por conta da democracia participativa o consenso convive em harmonia com os princípios e regras que integram o sistema jurídico. Supera-se a visão retrógrada da indisponibilidade de todo e qualquer interesse público, em situação de contraposição com interesses particulares. Propõe-se, da mesma forma, uma interpretação do interesse público disponível a partir da classificação do interesse público em primário e secundário. Vale dizer, trabalha-se objetivamente com a hipótese pela qual os interesses do Estado Administração não equivalem ao interesse da coletividade. A arbitragem administrativa igualmente constitui foco central de análise, com destaque para os contratos administrativos. São demonstradas as principais experiências brasileiras relacionadas à prática de mediação, arbitragem e transação pelos órgãos e entidades integrantes do Poder Público federal. Aplicam-se ao Direito Tributário os pressupostos de validade jurídica que torna aplicável a consensualidade nas matérias envolvendo a Administração Pública como parte, ou o interesse público como objeto das mesmas. Assim desmistifica-se a aparente indisponibilidade do crédito tributário, mediante demonstração que convencionar, numa relação jurídica equitativa entre Fisco e sujeito passivo, não implica renunciar à receita tributária. No capítulo seguinte, são, também, apresentadas as principais experiências de legislação tributária no Brasil prevendo e determinando a aplicação de métodos de solução pacífica e convencionada de controvérsias relacionadas aos tributos. No quinto capítulo, são apreciadas as experiências do Direito Comparado.

Palavras-chave: Transação. Justiça. Tributária. Validade. Aplicabilidade.

RESUMEN

La actual realidad brasilera demuestra una situación de absoluta falta de efectividad de los mecanismos existentes para la solución de controversias de naturaleza tributaria que se encuentran a disposición del Poder Público y de los particulares. No hay, en base al presente cuadro social de inseguridad jurídica, aplicación efectiva de principio de justicia tributaria. La finalidad de la presente investigación científica es presentar por medio de un análisis la existencia y coherencia de las normas jurídicas que disciplinan y ordenan las transacciones en relación al sistema jurídico brasilero, alejando cualquier duda dogmatica que se presente en relación a su relación-de-pertinencia, haciendo parte de un todo que es el ordenamiento positivo vigente. En el primer capítulo se presenta una transacción sobre el enfoque del régimen jurídico del Derecho Privado, justificando ese instituto por su importancia para una apreciación de la transacción sobre el punto de vista del Derecho Público. Se encuentran contemplados en ese análisis jurídico inicial el concepto, los requisitos y presunciones generales, naturaleza jurídica, objeto, sus modalidades, efectos, inclusive sobre el aspecto procesal y también con hipótesis de nulidad y anulabilidad, de la transacción en el Derecho Privado. En el segundo capítulo se desarrolla la temática de transmisibilidad de las situaciones en que el Poder Público figura como parte interesada y cuando las controversias se relacionan al interés público. Demostrándose que en un Estado Democrático de Derecho, por la democracia participativa el consenso convive en armonía con los principios y reglas que integran el sistema jurídico. Se supera así una visión retrograda de indisponibilidad de todo interés público, en cualquier situación de contraposición con intereses particulares. Se propone de la misma forma una interpretación del interés público disponible a partir de una clasificación de interés público en primario y secundario. El arbitraje administrativo igualmente constituye el foco central de este análisis, destacándose los contratos administrativos. Son demostradas las principales experiencias brasileras relacionadas a la práctica de mediación, arbitraje e transacción por los órganos y entidades integrantes del Poder Público Federal. Se aplica al Derecho Tributario las presunciones de validez jurídica que tornan aplicable la consensualidad en las materias involucrando la Administración Publica como parte, o el interés público como objeto de las mismas. Se desmitifica la aparente indisponibilidad del crédito tributario, demostrándose que hacer acuerdos en una relación jurídica equitativa entre el Fisco y el sujeto pasivo, no implica renunciar a al dinero publico. En el siguiente capítulo, se presentan las principales experiencias de legislación tributaria en Brasil previendo y determinando la aplicación de métodos para una solución acordada y pacífica de controversias relacionadas a los tributos. En el quinto capítulo son analizadas las experiencias del Derecho Comparado.

Palabras-clave: Transacción. Justicia. Tributaria. Validez. Aplicabilidad.

LISTA DE SIGLAS

ADR – “*Alternative Dispute Resolution*”

AGU – Advocacia-Geral da União

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CGU – Consultoria Geral da União

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

CF88 – Constituição Federal de 1988

CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

IRS – “*Internal Revenue Service*”

ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

ITCD – Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações

ITR – Imposto Territorial Rural

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LEF – Lei de Execuções Fiscais

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

NCC – Novo Código Civil brasileiro

ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.
PAES – Parcelamento Especial de Débitos Federais
PAEX – Parcelamento Excepcional de Débitos Federais
PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PPP – Parcerias Público Privadas
RFB – Receita Federal do Brasil
REFIS – Programa de Recuperação Fiscal
RPV – Requisição de Pequeno Valor
SADE – Secretaria de Direito Econômico
SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente
SRFB – Secretaria da Receita Federal do Brasil
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TC – Termo de Compromisso
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TCAC – Termo de Ajustamento de Compromisso de Conduta

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – TRANSAÇÃO: ASPECTOS DE DIREITO PRIVADO.....	30
1.1 Considerações propedêuticas.....	30
1.2 Conceito e natureza jurídica.....	38
1.3 Requisitos essenciais, objeto e principais características.....	47
1.4 Espécies.....	57
1.5 Efeitos.....	65
1.6 Nulidade e anulabilidade.....	70
CAPÍTULO 2 – CONSENSUALIDADE E INTERESSE PÚBLICO.....	76
2.1 O Perfil do Estado e a participação dos particulares nos afazeres públicos....	76
2.2 A consensualidade administrativa.....	87
2.3 Negócio jurídico administrativo: autonomia da vontade e Poder Público.....	98
2.4 Arbitragem e atividade administrativa.....	105
2.4.1 O consenso e a indisponibilidade do interesse público.....	117
2.4.2 A experiência da Câmara de Arbitragem da AGU.....	133
2.5 Outras experiências legislativas do consenso na Administração Pública.....	141
2.5.1 Modalidades judiciais.....	142
2.5.2 Modalidades extrajudiciais ou administrativas.....	149
CAPÍTULO 3 – A TRANSAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	161
3.1 A Relação jurídica tributária: quadro evolutivo e reflexos na transação.....	161
3.2 Conceito, natureza jurídica e características gerais.....	169
3.3 Considerações acerca da indisponibilidade do crédito tributário.....	184
3.4 Transação e inexistência de renúncia de receita pública.....	194
3.5 Objeto.....	200
3.6 Efeitos.....	207
3.7 Espécies.....	212
3.7.1 Transação preventiva e terminativa.....	212
3.7.2 Transação tributária judicial.....	227

CAPÍTULO 4 – TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E DIREITO POSITIVO.....	233
4.1 Regime jurídico das distintas legislações tributárias.....	233
4.2 Confissão e renúncia.....	234
4.3 A transação tributária no âmbito federal.....	239
4.3.1. Aspectos relevantes dos programas de recuperação fiscal federais.....	239
4.3.1.1 A casuística dos pagamentos acordados por meio de depósitos.....	245
4.4 A transação tributária nos Estados-Membros.....	250
4.5. A Transação tributária no âmbito dos Municípios.....	261
4.5.1 Casuística da incidência do ISS das cooperativas de saúde.....	264
CAPÍTULO 5 – CONSENSO TRIBUTÁRIO NO DIREITO COMPARADO.....	268
CONCLUSÕES.....	275
BIBLIOGRAFIA.....	286
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.....	309
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	316
ANEXO.....	318

INTRODUÇÃO

Quando publicou sua obra clássica há iminentes cinquenta anos atrás, Alfredo Augusto Becker apresentou à comunidade jurídica, já naquela época, um quadro da realidade do Direito Tributário muito semelhante ao que se vivencia nos dias contemporâneos.

Ao diagnosticar um “fenômeno patológico-tributário”, derivado de um completo estado de desorientação dos particulares frente ao Estado e seu poder de tributar, Becker aduziu que, por conta de leis defeituosas, os contribuintes se colocavam em estado de insegurança jurídica quanto às suas obrigações em relação ao Fisco, tendo que despender recursos com pessoal especializado na matéria tributária.¹

A partir desse referencial doutrinário é possível traçar um paralelo com a realidade brasileira, principalmente em face da notória complexidade do sistema jurídico tributário vigente.

Existem razões suficientes para que a sociedade brasileira siga imaginando-se num ambiente semelhante ao antevisto e referido estado de caos sistêmico.

A primeira delas vem como decorrência da peculiar competência tributária fixada pelo constituinte de 1988. O espectro de competências tributárias estabelecido pela Constituição Federal de 1988 comporta ampla e variada divisão de outorgas.

Nele, os quatro Entes Públicos que integram a Federação brasileira; União, Estados, Distrito Federal e Municípios, recebem comandos constitucionais que lhes conferem competências para a instituição e cobrança dos distintos tributos.

Esse quadro resultou na criação de um ordenamento jurídico tributário complexo por sua própria natureza. Falta-lhe racionalidade na legislação que o integra e na aplicação dos respectivos comandos normativos, com reflexos significativos na relação entre Estado e sujeitos passivos. Cumpre desde logo esclarecer, que não se trata de uma crítica, mas de uma constatação de fato e de

¹ “Tão defeituosas costumam ser as leis tributárias que o contribuinte nunca está seguro das obrigações a cumprir e necessita manter uma dispendiosa equipe de técnicos especializados para simplesmente saber quais as exigências do Fisco.” (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 9).

Direito, extraído a partir da leitura ampla dos dispositivos atinentes ao sistema tributário constitucional.

Somente em impostos, a CF88, com amparo no princípio federativo, fixa a competência da União Federal² para a instituição de oito deles, enquanto Estados e Distrito Federal³, bem como Municípios⁴, agrupam outros seis diferentes tributos não vinculados dessa natureza.

Associam-se aos impostos, taxas⁵, contribuições⁶, contribuições de melhoria⁷ e empréstimos compulsórios⁸, todos estes tributos de natureza jurídica vinculada.

As hipóteses de incidência são as mais variadas abstrações fáticas possíveis, entrelaçando a vida cotidiana do particular naquelas situações que se identificam com sinais presuntivos de riqueza.

Consideram-se nesse rol, em linhas gerais, fatos da vida relacionados à renda, ao consumo e suas relações comerciais, à propriedade, à industrialização, às atividades do comércio exterior, aos serviços, às sucessões, e, também, ao crédito e ao mercado de valores mobiliários.

Muitas dessas situações da vida não são fatos relevantes para as incidências tributárias na visão do particular.

Mas, ao mesmo tempo, para o Estado, enquanto sujeito ativo da relação tributária, abre-se um leque de oportunidades que, a partir das mais variadas técnicas de interpretação das leis, se configuram como pretensas hipóteses de incidência passíveis de imposição.

Ambos se amparam em supostos “fundamentos óbvios”⁹, contrapondo, assim, seus interesses.

² CF88, art. 153.

³ CF88, art. 155.

⁴ CF88, art. 156.

⁵ CF88, art. 145, II.

⁶ CF88, arts. 149 e 195.

⁷ CF88, art. 145, III.

⁸ CF88, art. 148.

⁹ BECKER, Alfredo Augusto. cit., p. 8.

Cria-se, minimamente, um ambiente de dúvida, incerteza, na relação entre o Poder Público e o particular. A interpretação e avaliação dos fatos, de parte a parte, demonstram como supostamente óbvias a não sujeição a nenhuma das mencionadas hipóteses de incidência.

O próprio Becker já havia salientado que todos os fundamentos demasiadamente óbvios merecem críticas, eis que, “a obviedade confere uma identidade falsa às premissas”.¹⁰

Em qualquer situação dessas, as conclusões das partes envolvidas serão distintas, porque cada uma delas se valerá de conceito diferente como critério de fixação de suas próprias premissas.

O Estado se imagina credor, titular de um crédito de índole tributária contra o particular, que tem o dever de quitar o tributo, a partir da sua premissa de entendimento acerca de um determinado fato tributável e sua respectiva ocorrência.

Sobre esse mesmo fato, o particular, levada em conta a sua premissa conceitual a respeito, conclui não ser devedor de nenhum crédito ao Estado, pois não configurado, a partir da interpretação da lei, o seu presumido dever.

A perplexidade e surpresa das partes relacionadas com suas diferentes formas de compreensão acerca de um mesmo fato ou situação da vida revelam-se insuperáveis, eis que impossível de se convencerem da veracidade de suas respectivas premissas e distintas conclusões.

Desacordo quanto à interpretação dos fatos, se passíveis ou não de incidência tributária, implica em discórdia, conflito, contenda, envolvendo Estado e os particulares. Cria-se um sentimento de insatisfação mútua entre os interessados.

Inevitavelmente esse conflito, caso não seja prevenido, resultará num procedimento contencioso perante a esfera administrativa, por conta do lançamento tributário, ou, senão, numa relação jurídica litigiosa perante o Poder Judiciário.

A discórdia interpretativa dos fatos, se tributáveis ou não, em franca contraposição de interesses, se transforma, assim, numa questão de Justiça Tributária.

¹⁰ *Idem*, p. 11.

Enquanto não decidido o conflito, em caráter definitivo, não há que falar em segurança jurídica, para ambas as partes.

O justo para o Poder Público corresponde à injustiça tributária para o particular. O direito subjetivo de não sujeição tributária, do qual o particular imagina ser seu titular, é interpretado como injusto por parte da autoridade estatal.

Caberá de modo exclusivo, ao Estado, no desempenho da atividade de julgamento administrativo, ou à Justiça pública, dirimir essa contraposição de interesses, qual seja: quanto à sujeição tributária ou não de uma dada situação fática ocorrida ou que esteja na iminência de ocorrer.

A complexidade verificada não se identifica unicamente a partir da necessária criação de regras jurídicas instituidoras dessas variadas hipóteses de incidência tributária, decorrente das competências constitucionais estabelecidas.

O quadro jurídico complexo deriva, sobretudo, da criação desordenada pelo legislador infraconstitucional, e, também, por conta de sua aplicação quase que automática pelos agentes públicos, de uma infinidade de regras jurídicas, de distintos graus hierárquicos, com a prescrição normativa de comandos exclusivamente relacionados aos chamados deveres instrumentais.

Deveres instrumentais estes que o ordenamento jurídico vigente, de modo impróprio, nominou como “obrigações tributárias acessórias”, pois não se qualificam como obrigações tributárias propriamente ditas.

Na realidade atual, qualquer deslize por parte do particular no atendimento desses deveres instrumentais ocasiona, em caráter imediato, descumprimento legal suficiente à criação de conflitos de natureza tributária.

Esses conflitos poderão, ou não, ter reflexos patrimoniais, eventualmente resultando em sanções de natureza administrativa, como, por exemplo, restrições de direitos aos sujeitos passivos, ou, também, na constituição, por parte da Fazenda Pública, de passivos tributários contra os mesmos.

Nesses casos, em relação à própria dúvida ou incerteza quanto à ocorrência de situação fática, descrita de forma abstrata pela norma jurídica de incidência, suficiente a configurar o fenômeno da subsunção tributária, também resultará a configuração de relação jurídica conflitante entre o Poder Público e o particular.

Em outras palavras, o eventual descumprimento do dever instrumental por parte dos particulares, resultará em conflito tributário, podendo este ter ou estar desprovido de conteúdo patrimonial.

Nas situações acima reportadas como razões pelas quais os conflitos em matéria tributária acabam surgindo, a almejada Justiça Tributária ficará a cargo invariavelmente de uma decisão administrativa, na maioria das vezes parcial porquanto ausente a figura do julgador dotado de imparcialidade, ou, como na grande parte das situações, a cargo do Poder Judiciário, este sim, poder constituído pela Constituição Federal especificamente para essa finalidade.

Além das divergências interpretativas quanto às incidências e da questão relacionada ao impossível cumprimento regular dos deveres de natureza instrumental, fatores como a falta de clareza e acessibilidade da legislação tributária, excesso de quantidade de leis e a falta de educação e conhecimento dos assuntos tributários por parte dos particulares, resultam num constante “sentimento de insegurança jurídica”¹¹ nas relações tributárias.

Ineficiência na arrecadação tributária, tempo indeterminado e excessivo de duração da relação jurídica contenciosa, imprevisão com relação ao mérito de sua decisão final, resultam em custos de manutenção para ambos, Poder Público e particular.

Revela-se cristalino um quadro de absoluta falta de efetividade e realização da Justiça através dos meios existentes para a solução de controvérsias de natureza tributária que hoje se encontram à disposição do Poder Público e dos particulares para tal desiderato.

Está comprovado que a justiça administrativa e o Poder Judiciário¹² não mais atendem às demandas originárias da complexidade do sistema jurídico vigente,

¹¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 25.

¹² “Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 26).

demonstrando que o instrumental jurídico, além de insuficiente, também é antiquado e deve ser aprimorado.¹³

Dados examinados e explicados por meio dos métodos natureza empírica revelam uma realidade de absoluta insuficiência desses instrumentos ordinários na realização do sobreprincípio da Justiça Tributária.

Do ponto de vista da arrecadação, as informações disponibilizadas pela própria Administração Tributária brasileira dão conta de que não há eficiência suficiente e satisfatória na cobrança e arrecadação dos tributos envolvidos em contenciosos administrativos e judiciais.

Esses elementos informativos encontram-se compilados no Anexo I desta investigação científica, reunindo informações fornecidas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN e Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB, respectivamente, acerca do “estoque” do passivo tributário federal, inscrito e não inscrito na Dívida Ativa da União Federal.

Esse mesmo reflexo se observa nos demais Entes federativos, onde os atos de cobrança não são suficientes à obtenção das receitas públicas necessárias, especialmente em tempos em que Estados-Membros e Municípios carecem de recursos para manutenção de suas atividades e realização de investimentos.

Todas essas situações, de ineficiência na solução dos contenciosos administrativo e judicial tributários, são confirmadas a partir de estudos técnicos que vem sendo eiscoreitamente divulgados.¹⁴

¹³ “Hoje, ou o Estado quebra o instrumental jurídico que se tornou impraticável, ou é este instrumental obsoleto que fere as mãos do Estado.” (BECKER, Alfredo Augusto. cit., p. 9).

¹⁴ Como, por exemplo: “Tendo em vista os dados sobre o orçamento da Justiça Federal de Primeiro Grau, tem-se que seu custo diário é de R\$ 13,5 milhões e o custo médio do processo no ano de 2009 foi de R\$ 1,58/dia. Logo, o custo médio total provável do Processo de Execução Fiscal Médio (PEFM) é de R\$ 4.685,39. Quando excluídos os custos com o processamento de embargos e recursos, esse valor é de R\$ 4.368,00. Este último valor é o indicador mais adequado à determinação do custo efetivo do processamento da execução fiscal, na Justiça Federal de Primeiro Grau. Entretanto, outros fatores, como complexidade das rotinas e qualidade da mão de obra empregada, não podem ser objeto de cálculo por meio desse método. Por isso, calculou-se o custo-atividade, que é uma diferenciação entre o custo médio de um processo que se encontra parado e o custo médio das movimentações do processo. Sendo assim, o custo médio provável baseado em atividades do PEFM é de R\$ 1.854,23. Esse valor indica o custo dos insumos diretamente empregados no processamento da execução fiscal, na Justiça Federal de Primeiro Grau.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. “Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal”. *Comunicado do IPEA*. nº 83. Brasília: IPEA, março 2011. Disponível em:

A sua utilização, no entanto, como mero referencial estatístico e objetivo da realidade, deve ser realizada com todas as cautelas e ressalvas que a Ciência do Direito deve ter em relação aos dados de cunho empírico.

Eis, portanto, a confirmação do diagnóstico da propalada situação caótica no sistema tributário vigente. Uma realidade que exalta ineficiência do sistema tradicional de soluções de controvérsias de natureza tributária, demonstrando inércia e ineficiência da Administração Tributária e do Poder Judiciário.¹⁵

Não há, com base nesse quadro social evidenciando insegurança jurídica, efetividade na incessante busca da realização do sobreprincípio da Justiça Tributária.¹⁶

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7844>. Acesso em: 5 mai. 2011).

¹⁵ Também válida a seguinte referência: “O número de execuções fiscais equivale a mais de 50% dos processos judiciais em curso no âmbito do Poder Judiciário. No caso da Justiça Federal, esta proporção é de 36,8%, e retrata crescimento vegetativo equivalente ao da Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. Consoante o relatório ‘Justiça em Números’, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2005, a taxa média do encerramento de controvérsias em relação às novas execuções fiscais ajuizadas é inferior a 50% e aponta um crescimento de 15% do estoque de ações em tramitação na 1.ª instância da Justiça Federal. O valor final aponta para uma taxa de congestionamento médio de 80% nos julgamentos em 1.ª instância.” (BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre Execuções Fiscais no Brasil*. São Paulo: 2007, p. 9. Disponível em: <http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2010). Também nesse sentido, Heleno Taveira Torres salienta a gravidade do quadro no âmbito judicial: “Basta pensar que, pelas estatísticas, quase metade de todas as ações judiciais em curso no País são de natureza tributária (como exemplo, 375 de tudo o que tramita na Justiça Federal e 51 e 56% de todo o contencioso dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente), o que expõe a elevada conflitividade e, por conseguinte, a *insegurança* e o *estado de exceção permanente* das relações tributárias. Ao lado disso, leis e atos normativos sucedem-se freneticamente, nas distintas unidades do federalismo tributário brasileiro, deixando atônitos até mesmo os mais preparados e diligentes dos contribuintes que tentam cumprir com suas obrigações, ainda que nunca estejam seguros de que a tudo atenderam, sob permanente expectativa de serem vítimas de autuações tão gravosas quanto demoradas, afora fiscalizações excessivas ou cumulativas e, em muitos casos, até dos mesmos entes tributantes.” (*Direito constitucional tributário...*, p. 27).

¹⁶ Veja-se a lição de Paulo de Barros Carvalho acerca do sobreprincípio em comento: “O princípio da justiça é uma diretriz suprema. Na sua explicitude, pois está expressa no Preâmbulo da CR/88, penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos o proclamam, fazendo dele até lugar comum, que se presta para justificar interesses antagônicos e até desconcertantes. Como valor que é, participa daquela subjetividade que mencionamos, ajustando-se diferentemente nas escalas hierárquicas das mais variadas ideologias. Os sistemas jurídicos dos povos civilizados projetam-no para figurar no subsolo de todos os preceitos, seja qual for a porção da conduta a ser disciplinada.” (*Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 272).

Diante dessa realidade de conflito e insegurança jurídica, desvelando a falta de efetividade da almejada Justiça Tributária, revela-se necessário buscar uma coordenação jurídica do sistema tributário.¹⁷

Essa proposta de coordenação sistemática, visando à redução de referida complexidade, tem amparo em critérios e instrumentos objetivos, tais como a utilização de meios consensuais na solução dos conflitos, em especial na temática relacionada aos tributos e sua aplicação.

Pela importância que vem sendo dada a todas essas modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos, qualificadas como meios alternativos de pacificação social, a exemplo da conciliação e arbitragem voluntária, tem-se consciência de que a missão do Estado e dos particulares é de se promover a paz no seio social. Pouco importa os meios de pacificação empregados, se esta decorre ou não do Estado ou se faz por intermédio de outros instrumentos, desde que sejam eficientes. Não há, conforme a seguir, ofensa ao livre acesso à jurisdição pelos administrados.

Propõe-se apresentar à sociedade, em especial à comunidade jurídica, debate criterioso a respeito da validade e efetividade em face do sistema vigente da denominada Justiça Tributária consensual, de acordo com a expressão fornecida por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy.¹⁸

Concretamente, essa análise jurídica e suas conclusões propostas, objetivam demonstrar a validade jurídica e aplicação das leis tributárias veiculadoras de meios amistosos de solução de controvérsias entre a Administração Tributária e o sujeito passivo, seja na qualidade de contribuinte ou responsável.

Hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se previstos vários tipos distintos de mecanismos amigáveis na solução das controvérsias

¹⁷ Como conceito de sistema jurídico, vale-se, no contexto geral do presente trabalho, da definição do formulada por Juarez Freitas: “Uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.” (FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56).

¹⁸ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

identificadas no tecido social, inclusive em situações em que o Poder Público figura como parte relacionada.

Com efeito, no ordenamento jurídico em vigor identificam-se meios de conciliação, mediação, transação e arbitragem, atendendo não só às demandas sociais, mas, sobretudo, inserindo o Brasil numa realidade contemporânea e alinhada às tendências encontradas no Direito Comparado.

No entanto, vale desde logo destacar, que a presente investigação científica não se propõe ao exame de todas essas diferentes formas de solução alternativa de conflitos, pois seu objeto de análise se restringe ao instituto da transação enquanto instrumento de realização do princípio da Justiça Tributária.

Não que os demais meios referidos não estejam considerados na análise ora apresentada, ou, também, sejam considerados supérfluos.

Ao contrário, fazem parte do contexto que se propõe sustentar, onde, além da solução contenciosa perante a Administração Tributária e ou Poder Judiciário, particular e Poder Público tem à sua disposição, no bojo do sistema jurídico, instituto juridicamente válido e a ele pertinente, que é a transação tributária.

Mais além da realidade do Direito Positivo de outros países, onde são identificadas legislações destinadas à implantação e disciplina jurídica dos meios consensuais para a solução de conflitos em matéria tributária, realidade essa na qual o Brasil vem timidamente inserindo-se, o momento do debate proposto por meio do presente estudo revela-se propício.

Essa afirmação decorre do fato do Poder Executivo federal, ciente da insuperável situação de ineficiência e insuficiência dos instrumentos ordinários desde sempre utilizados, ter encaminhado ao Congresso Nacional Anteprojeto de Lei sobre transação tributária.¹⁹

A situação acima exposta, de ineficiência e acúmulo crescente do montante de valores em cobrança a título de créditos tributários, foi devidamente registrada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Ofício n.º 624/PGFN-PG, por ocasião

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 5082/2009*. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 25 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648733.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

desse encaminhamento, ocorrido em 14 de março de 2007, do referido Anteprojeto de Lei geral de transação ao Ministro de Estado da Fazenda, na sua respectiva exposição de motivos.²⁰

Nesse ofício o problema está identificado e a solução a partir do consenso em matéria tributária, como alternativa viável no Direito Positivo brasileiro, justificável a apreciação crítica acerca dessa temática pela Ciência do Direito.

Tem a transação em matéria tributária, então, o escopo de constituir uma nova relação entre a Administração Tributária e os contribuintes, possibilitando que as duas partes, mediante entendimento direto, alcancem uma aplicação mais homogênea da legislação tributária.²¹

Trata-se de um novo paradigma na relação entre Administração Tributária, conformada pelo sujeito ativo e os particulares, estes na qualidade de sujeitos passivos.

Mudança de paradigma esta que vem enfrentando resistências não só doutrinárias²², mas, também, em manifestações públicas de distintas entidades²³ integrantes da sociedade civil, relacionadas ao contexto da situação em análise.

²⁰ “Estima-se, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, em média, a fase administrativa dura 4 anos, enquanto a fase judicial leva 12 anos para ser concluída, o que explica em boa medida a baixa satisfação e eficácia da execução forçada (menos de 1% do estoque da dívida ativa da União de R\$ 400 bilhões de reais ingressam nos cofres públicos a cada ano por essa via). O percentual do ingresso somente cresce com as medidas de parcelamento adotadas (REFIS, PAES e PAEX) e com incorporação dos depósitos judiciais, mas não ultrapassa a 2,5% do estoque (R\$ 9,6 bilhões de reais de arrecadação em 2006).” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 5082/2009*. cit.).

²¹ *Idem*.

²² Cf. DE SANTI, Eurico Marcos Diniz de. “Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranoia ou mistificação?” *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 29. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 29-53. MACHADO, Hugo de Brito; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. “Transação em matéria tributária: limites e inconstitucionalidades.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 14-22. LOPES, Simone Anacleto. “Anteprojeto de lei geral de transação em matéria tributária: uma análise jurídica.” *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 38. Belo Horizonte: Fórum, mar-abr 2009, pp. 9-26. _____. “Projeto de lei geral de transação em matéria tributária: análise das consequências políticas e econômicas.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 33-40. “A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário Brasileiro.” In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp.42-88.

²³ Cf. UNAFISCO. SINDIFISCO NACIONAL. *Análise do anteprojeto da lei geral de transação tributária*. Brasília: Unafisco, 2008. Disponível: [em:http://www.sindificonacional.org.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=76&Itemid=172&lang=pt](http://www.sindificonacional.org.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=76&Itemid=172&lang=pt). Acesso em: 17 abr. 2009.

Essa resistência tem natureza não unicamente jurídica, mas, sobretudo, cultural e que está enraizada na superada noção de poder absoluto da Administração Pública no desempenho de sua função administrativa, na medida em deverá estar acompanhada de uma mudança de mentalidade das partes relacionadas.

Atualmente no Brasil a relação tributária se encontra, ainda, profundamente caracterizada pela noção dogmática de soberania absoluta do agente público responsável pela prática dos atos relacionados ao lançamento, arrecadação e fiscalização de tributos.

Vê-se a relação jurídica tributária como uma relação de poder, típica do *jus imperii*, onde os sujeitos relacionados se encontram em posições de superioridade e supremacia de um em relação ao outro, com prevalência e prerrogativas ao Poder Público. E, ao mesmo tempo, que essa subordinação ao poder de tributar tem amparo em lei, devendo a atividade administrativa ser desempenhada de modo absolutamente vinculado, sob o risco de se configurar ilícito administrativo – improbidade administrativa.

Também, de modo reconhecidamente ultrapassado por outros *ramos* do Direito Público, a exemplo do Direito Administrativo, prevalece nos corredores do “manicômio tributário”²⁴ o dogma da indisponibilidade do crédito tributário, com amparo no sobreprincípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

O crédito tributário, enquanto obrigação tributária formalizada por meio do lançamento, afirmam os céticos à utilização da transação, é indisponível e, por força de previsão legal, não pode ser objeto de concessão, recíproca ou não, pouco importa, por parte do Poder Público.

Disposição do crédito tributário, por parte do agente público competente, a partir dessa linha pedestre de entendimento, corresponde ao sinônimo de renúncia de receita pública, situação esta tipificada e vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, em seu artigo 14, §1º.²⁵

²⁴ Cf. BECKER, Alfredo Augusto. cit., p. 3.

²⁵ LRF, art. 14. “A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto

Contra esses argumentos mostra-se cabível a fundamentação da validade jurídica da transação no ambiente do Direito Público, a partir da metódica da interpretação sistemática, denotando a maior celeridade e efetividade das soluções de controvérsias por meio de mecanismos amistosos, a partir de uma renovada e mais abrangente perspectiva do interesse público e sua (in)disponibilidade.

Esse corresponde ao objetivo proposto por meio do presente estudo, valendo-se da metódica da interpretação sistemática.²⁶

Almeja-se assim a adequada interpretação sistemática do instituto da transação tributária, chamando para aperfeiçoar tecnicamente o Direito Positivo vigente, não somente sintonizando com o mesmo.²⁷

Pretende-se demonstrar a coerência sistêmica do instituto da transação tributária, ou seja, evidenciar a validade e aplicação das normas jurídicas veiculadoras do modelo transacional.

De modo que, urge a apreciação crítica dos dogmas aparentemente impeditivos da validade jurídica – axioma da validade – da transação em face do sistema jurídico vigente.

na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. §1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. §2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. §3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu §1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.”

²⁶ Segundo Heleno Torres, “à ciência do direito impõe-se um método e, por isso mesmo, quando a esta nega-se seguir uma opção metodológica, de plano, irrompe-se sua incoerência sistêmica, sua limitação e avulta a instabilidade na construção ou explicação do sistema jurídico que lhe serve de objeto, pelas afetações sobre a integralidade do sistema como totalidade estrutural e funcional.” (*Direito constitucional tributário*. p. 40).

²⁷ Nesse sentido: “... a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática...*, p. 82).

O Direito, na sua acepção do ordenamento jurídico, pressupõe normas válidas, sendo estas sintaticamente relacionadas, por meio de vínculos horizontais ou de coordenação, assim como verticais, por conta da relação de hierarquia.

Novas regras, quando inseridas nesse sistema, devem necessariamente demonstrar sua conformidade com as regras de validade e coerência (axioma da coerência). Assim considerado por Lourival Vilanova ao ensinar que um sistema formal requer a presença da coerência formal entre suas proposições.²⁸

Caso as suas proposições revelem contradição entre si, sem prejuízo de sua posição hierárquica, esse mesmo sistema resultará inconsistente, exigindo, portanto, revisão das mesmas.

Afirmar que a norma de transação tributária é válida equivale certificar-se quanto à sua existência, confirmando a sua pertinência ao respectivo sistema jurídico. Em relação à norma jurídica, existência e validade correspondem a duas grandezas semânticas que se equivalem.²⁹

Se a norma jurídica de transação é – e se presume – válida, é porque ela está no sistema jurídico.³⁰ Sendo válida a norma jurídica, por estar no sistema, será a mesma, portanto, aplicável.³¹

²⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, pp. 189-190. Nesse sentido, também: “Pelo *axioma da coerência*, os elementos do ordenamento (sistema interno) devem ser compatíveis entre si segundo os mesmos *critérios de validade*, único nível de relação entre elementos (normas) que não admite *contradição*. A norma de reconhecimento ou a norma fundamental, bem como aquelas de estrutura ou de organização, em nenhuma hipótese admitem qualquer contradição entre elas e as regras produzidas pelos órgãos (fontes do direito). A coerência sistêmica deve ser necessariamente atendida, como condição de pertinencialidade entre a norma e o sistema, segundo as relações supra-assinaladas. O vício da nulidade (ilegalidades, inconstitucionalidades, invalidades etc.) decorre desse reconhecimento e impõe, como sanção, a ineficácia dos atos e sua retirada do ordenamento.” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, p. 94).

²⁹ Segundo lição de Paulo de Barros Carvalho: “Para a lógica deôntica, as normas jurídicas, proposições prescritivas que são, têm sua valência própria. Delas, não se pode dizer que sejam verdadeiras ou falsas, valores imanescentes às proposições descritivas da Ciência do Direito, mas as normas jurídicas serão sempre válidas ou inválidas, com referência a determinado sistema ‘S’. E ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema ‘S’, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim.” (*Direito tributário, linguagem...*, p. 220).

³⁰ Nesse ponto, adequada a referência à doutrina de Pontes de Miranda: “Ou algo entrou ou se produziu e, pois, é, no mundo jurídico; ou nele não entrou, nem se produziu dentro dele, e, pois, não é.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Vol. IV, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 8).

Portanto, a finalidade precípua da presente investigação científica é justamente apresentar uma análise jurídica da existência e coerência das normas jurídicas disciplinadoras da transação em relação ao sistema jurídico brasileiro, afastando quaisquer dúvidas dogmáticas que parem em relação à sua relação-de-pertinência, fazendo parte do todo que é o ordenamento positivo vigente.

No primeiro capítulo, apresenta-se a transação e seu enfoque a partir do regime jurídico de Direito Privado, com a justificativa da relevância desse instituto de para fins de apreciação da transação sob o ângulo do Direito Público, Direito Tributário, em distintos aspectos.

Parte-se de uma consideração preliminar no sentido de se demonstrar que o Direito Privado e o Direito Público, em face do princípio da unidade sistêmica, não se excluem em função da diversidade dos seus respectivos regimes jurídicos e peculiaridades.

Ao contrário, pois o Direito Privado, especialmente o Direito Civil, erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal, fornece os pressupostos e requisitos do negócio jurídico da transação, teoria geral esta que, dadas as suas vicissitudes, é em parte reconhecida e aplicada pelo Direito Público, especialmente nas controvérsias que têm a Administração Pública como parte relacionada ou o interesse público no cerne da discussão.

³¹ Lourival Vilanova ressalva que sempre haverá contradições no sistema, especialmente do ponto de vista lógico, mas, não do ponto de vista empírico, o que é admissível. Nas palavras do Autor: “Mas um sistema normativo, como o do Direito positivo, infringente da lei de não-contradição sobre proposições normativas, continua a ser válido. A incompatibilidade interna não compromete a sua existência, *que repousa na validade e na eficácia global dele*, sistema, face à realidade que juridicamente qualifica. Duas normas conflitantes, *N* e não-*N*, existem *qua* normas, isto é, continuam válidas, até que o próprio sistema, mediante outra norma (uma norma de interpretação) ou mediante critério normativamente estabelecido (a norma de maior grau prevalece sobre a de menor nível que com ela se contradiga) cancele a validade. Por isso mesmo, o *que é logicamente impossível, a validade conjunta de normas contraditórias, é empiricamente existente*. Um sistema *S* não se desagrega juridicamente por conter normas de *valores simétricos* (opostos contraditoriamente), *N* e não-*N*, que conservam relação-de-pertinência e, *eo ipso*, são juridicamente válidas, fazendo parte do todo que é o ordenamento positivo.” (*Idem*, pp. 206-207). Também Heleno Torres, orientando nesse sentido: “Nada impede, porém, que se possam encontrar contradições na aplicação de regras de condutas entre si; e quando estas ocorrem, deve-se buscar a aplicação dos critérios de solução de antinomias, das regras de alteração normativa (*rule of change*), das sanções ou regras de acesso ao processo ou o sopesamento, no caso de colisões de princípios.” (*Direito constitucional tributário...*, p. 94).

Encontram-se contemplados nesta análise jurídica inicial o conceito, os requisitos e pressupostos gerais, a natureza jurídica, o objeto, suas modalidades, efeitos, inclusive sob o aspecto processual, e, também, as hipóteses de nulidade e anulabilidade, todos relacionados à transação no regime de Direito Privado, com previsão na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil.

No segundo capítulo, desenvolve-se a temática da transigibilidade naquelas situações em que o Poder Público não somente figura como parte interessada, mas, sobretudo, quando as controvérsias tenham por objeto questões inerentes ao interesse público.

Para tanto, parte-se da evolução do perfil do Estado e da variável colaboração dos particulares no desempenho das funções tipicamente de interesse público servindo como parâmetro de aproximação entre sujeito público e privado. Esse grau de participação é relevante na medição do grau de consensualidade existente na relação entre parte pública e privada, pois a colaboração alcança o sentido de Justiça, enquanto poder jurisdicional do Estado.

Demonstra-se, a partir disso, que no âmbito do Estado Democrático de Direito, calcado no princípio de democracia participativa, com ativa colaboração dos particulares nas questões que envolvem o interesse público ou geral, o consenso convive em harmonia com os princípios e regras que integram o sistema jurídico, mesmo nas controvérsias envolvendo o interesse coletivo.

E, seguindo essa mesma linha de exposição, partindo do entendimento de que há espaço normativo válido para a transigibilidade nas questões envolvendo o Direito Administrativo, propõe-se que nos acordos de vontade, tais como aqueles resultantes de soluções consensuais de controvérsias, a exemplo da transação e arbitragem, a Administração Pública celebra negócios jurídicos administrativos.

A visão retrógrada da indisponibilidade de todo e qualquer interesse público, naquelas situações de contraposição com interesses particulares, encontra-se superada.

Conclui-se, pela participação democrática como direito e garantia fundamental na Constituição Federal, que a solução pelo consenso não pode ser obstada a qualquer custo pela aplicação incondicional do dogma da supremacia do interesse

público sobre o particular. Faz-se, então, necessária uma adequação, que o próprio sistema jurídico prevê, na incessante busca de evitar ou dirimir contradições entre os princípios e regras que o integram, por meio da fixação de balizas legais, para que, em delimitada área de competência, o agente público possa agir exercendo seu poder discricionário.

Propõe-se, da mesma forma, uma interpretação do interesse público disponível a partir da sua classificação em primário e secundário. Vale dizer, trabalha-se objetivamente com a hipótese de acordo com a qual os interesses do Estado Administração não são os mesmos que o interesse público em sentido geral, da coletividade. Nesse caso, os interesses secundários correspondem ao interesse público de segunda geração, e, portanto, disponível nos termos e condições fixados pela lei.

A arbitragem administrativa igualmente constitui foco central de análise, mediante abordagem crítica dos principais aspectos envolvendo esse método legal de resolução de conflitos, com destaque para os contratos administrativos, hoje em sua totalidade marcados pela presença obrigatória da denominada cláusula compromissória de arbitabilidade, subjetiva e objetiva.

Apresenta-se a interpretação jurisprudencial a respeito da utilização da arbitragem em relações jurídicas das quais participa o Poder Público, afastando a suposta inconstitucionalidade da denominada cláusula de impedimento, pela qual a Administração Pública não poderia renunciar ao Poder Judiciário como destinatário constitucional para a solução envolvendo os problemas relacionados à sua atividade administrativa, em nome do interesse público.

São demonstradas e trabalhadas as principais experiências brasileiras relacionadas à prática de mediação, arbitragem e transação pelos órgãos e entidades integrantes do Poder Público federal, inclusive as agências reguladoras de serviços públicos.

A proposta é de se evidenciar plexo normativo de regra desconhecido, até mesmo da comunidade jurídica, e que vem paulatinamente sendo incorporado à rotina das soluções envolvendo controvérsias de Direito Público.

De modo objetivo, pretende-se demonstrar que há uma mudança paradigmática também nesse sentido, passando-se de uma situação supostamente consolidada do ponto de vista jurídico, de negação em face da indisponibilidade do interesse público, à paulatina aceitação da tendência consensualista, notadamente em controvérsias envolvendo o Poder Público ou o próprio interesse geral da sociedade.

Tendo como pressuposto as fontes comuns decorrentes da aplicação do Direito Público, são aprendidos pelo Direito Tributário os pressupostos de validade jurídica que torna aplicável a consensualidade nas matérias envolvendo a Administração Pública como parte, ou o interesse público como objeto das mesmas.

Por essa razão no terceiro capítulo são objeto de análise jurídica os principais aspectos que, assim como no Direito Administrativo, ainda colocam em dúvida a validade, perante e no sistema jurídico, das normas instituidoras de procedimentos amistosos de solução de controvérsias de natureza tributária, com enfoque principal na modalidade da transação tributária.

Com isso, se procura desmistificar a aparente indisponibilidade do crédito tributário, assim como demonstrar que convencionar, numa relação jurídica equitativa entre Fisco e sujeito passivo, não implica renunciar à receita tributária, na prática da suposta ofensa ao regime de responsabilidade fiscal.

Além de seus principais princípios correlatos, trabalha-se com o instituto da transação a partir de suas distintas modalidades e respectivos efeitos.

No capítulo seguinte, são, igualmente, apresentadas as principais experiências de legislação tributária no Brasil prevendo e determinando a aplicação de métodos de solução pacífica e convencionada de controvérsias relacionadas aos tributos.

Ao final, no quinto capítulo são apresentadas algumas das experiências identificadas no Direito Comparado, demonstrando a validade jurídica da utilização, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, do consenso na eliminação de conflitos em matéria tributária.

CAPÍTULO 1 – Transação: aspectos de Direito Privado

1.1 Considerações propedêuticas

A análise jurídica do instituto da transação deve partir e ter como fundamento básico o regime jurídico extraído do Direito Privado, mesmo para o propósito da presente investigação científica.

O estudo da matéria a partir do Direito Privado, valendo-se da metódica da interpretação sistemática de referido negócio jurídico, tem por finalidade fixar as regras, requisitos, enfim, evidenciar quais são condições gerais de validade jurídica da transação perante o sistema jurídico.

Para tanto, com base na unidade do sistema jurídico, faz-se imprescindível considerar superada a histórica divisão entre Direito Público e Direito Privado. O sistema jurídico é uno, não admite ramificações.

Alfredo Augusto Becker destaca a esse respeito que: “Os vários ramos do direito não constituem compartimentos estanques, mas são partes de um *único* sistema jurídico, de modo que qualquer regra jurídica exprimirá sempre uma *única* regra (conceito ou categoria ou instituto jurídico) válida para a *totalidade* daquele único sistema jurídico.”³²

Juarez Freitas evidencia a transcendência da dicotomia rígida entre Direito Público e Direito Privado, eis “que, na perspectiva adotada, não apresenta maior consistência em face da superação das abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só.”³³

A única função que se pode atribuir à dicotomia em questão é de natureza pedagógica no sentido de ser útil como instrumento de compreensão do respectivo objeto de estudo, que corresponde ao Direito como um todo. Tem, portanto, uma função e alcance meramente didáticos.

Veja-se que, desde a Roma antiga, a divisão entre público e privado, numa perspectiva de bipartição clássica, teve uma origem problemática. Havia dúvidas

³² BECKER, Alfredo Augusto. cit., p. 110.

³³ FREITAS, Juarez. cit., p. 227.

quanto às regras aplicáveis a certas hipóteses que poderiam ser consideradas excepcionais em relação às normas do *jus civile*.

Este, dentre outros fatores, são destacados por Almiro do Couto e Silva como atestado de insuficiência para se valer da distinção utilizada pelo Direito Romano como raciocínio aplicado na atualidade quanto à profligada dicotomia, vez que: “No mundo romano, os conceitos de direito público e de direito privado diferiam substancialmente dos que hoje nós possuímos.”³⁴

Daí percebe-se que nada mais equivocado que se pensar que as idéias relacionadas à definição de Ulpiano, a partir das noções de *ius publicum* e *ius privatum*, são as mesmas que atualmente são aplicadas na divisão maior do Direito objetivo.³⁵

Válido anotar, desde logo, que essa divisão leva em conta três critérios distintos quando consideradas as realidades a que se referem essas categorias do Direito Público e Privado.

O primeiro deles identifica a *norma* como objeto de estudo a partir do posicionamento das partes numa determinada relação jurídica.³⁶ A distinção entre Direito Público e Privado encontra-se na tipologia de formação da norma jurídica, cuja criação pode dar-se de modo autônomo ou heterônomo.

Qualifica-se como sendo heterônoma a norma, pelo comando nela contido, vinculada à pessoa distinta daquela que editou essa mesma norma jurídica.

A forma autônoma, por sua vez, pressupõe a identificação, numa mesma pessoa, das qualidades de produtor da norma e obrigado ao seu cumprimento. Assim, as normas se qualificam entre autônomas e heterônomas, distinguindo-se, portanto, a partir de seu tipo de formação.

³⁴ SILVA, Almiro do Couto e. “Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas.” In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

³⁵ *Idem*.

³⁶ “Dentre as várias teorias sobre o assunto, talvez a mais comum seja a que deriva a distinção a partir da diferença entre os sujeitos nas relações jurídicas.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289).

Um segundo critério distintivo entre o Direito Público e o Direito Privado encontra-se relacionado à noção de *interesse*, melhor dizendo, quanto ao tipo de interesse que se pretende ver tutelado.

Para o Direito Público, o interesse a ser tutelado equivale à satisfação de necessidades de toda a coletividade. Já, no que refere ao Direito Privado, o interesse tem natureza individual. A exigência humana, *in casu*, pode ser geral ou de um único indivíduo.

E, ainda, como terceiro critério distintivo, de natureza *mista* ou *eclética*, onde se tem a identificação dessa linha divisória, entre Direito Público e Privado, a partir de uma conjugação das características encontradas nos dois critérios acima apresentados.

Com efeito, utiliza-se de uma mescla de características da norma, como por exemplo, a consagração de um *poder* contra alguém, em oposição à igualdade de posições jurídicas, imanente às normas privadas.

Miguel Reale, a seu modo, se utiliza de dois critérios para apresentar a sua classificação entre Direito Público e Privado; um deles ligado ao conteúdo ou objeto da relação jurídica; e, o outro, tomando por base a forma de relacionamento.³⁷

O primeiro, tal como acima referido, está relacionado ao interesse tutelado ser geral ou particular. O segundo, calcado no elemento formal, se utiliza da divisão entre relações jurídicas de subordinação ou de coordenação entre as partes.

Quanto ao critério da *norma*, tem-se em consideração a posição das partes, a dificuldade na distinção entre público e privado, demonstrada pela pluralidade de critérios existentes, reside, conforme anotado por Hans Kelsen, “precisamente no fato de que a relação entre o Estado e seus sujeitos pode ter não apenas um caráter ‘público’, mas também um ‘privado’.”³⁸

O Estado igualmente deve ser visto como sujeito de Direito Privado. A circunstância de o Estado compor uma determinada relação jurídica, como parte na

³⁷ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 336.

³⁸ *Idem*, p. 291.

mesma, não retira a sua sujeição ao domínio do Direito Privado.³⁹ Em outras palavras, o Direito Privado não exclui o Estado como parte sujeita à sua disciplina jurídica.

Da mesma forma, o critério da preponderância de um ramo em relação ao outro, com exorbitância ao público, também não demonstra sustentação, ou seja, não se pode valer do critério que divide os interesses em preponderantemente públicos ou particulares.

Goffredo Telles Junior, ao demonstrar a imprestabilidade do critério ora referido, anota que “as utilidades e os interesses individuais coincidem muitas vezes com interesses e utilidades sociais e vice-versa”, e, por conclusão, “o *interesse* ou *utilidade* não é um fundamento substancial para a divisão do direito.”⁴⁰

O critério da superioridade e inferioridade, igualmente, não se sustenta.

Nesse ponto, parte-se da relação jurídica de subordinação ou coordenação entre as partes. Em outras palavras, trata-se, na espécie, de uma relação de superioridade e inferioridade enquanto vínculo disciplinado pela lei.

Tomando-se como ponto de partida a isonomia entre Estado e particular, enquanto sujeitos de direitos e deveres, Kelsen afirma: “A relação de superioridade e inferioridade jurídica não pode, portanto, consistir na natureza dos sujeitos e de seus direitos e deveres recíprocos.”⁴¹

Conforme assinalado por Juarez Freitas, nesse mesmo ponto, “ressalvado o exercício apropriado das prerrogativas como poderes-deveres, a diferença entre os mundos do público e do privado não radica numa eventual subordinação, tampouco se deixa explicar satisfatoriamente pela teoria dos interesses em causa.”⁴²

A verdade é que, valendo-se das palavras de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, jamais “existiu um critério de rigor lógico e satisfatório capaz de designar claramente

³⁹ “Como uma ‘pessoa’ existe apenas em ‘seus’ deveres e direitos, a personalidade jurídica de um indivíduo privado, na medida em que os deveres e direitos do Estado possuam o mesmo conteúdo que os deveres e direitos da pessoa privada.” (*Ibidem*).

⁴⁰ JUNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225.

⁴¹ KELSEN, Hans. cit., p. 293.

⁴² FREITAS, Juarez. cit., p. 228.

a distinção, pretendida pela dogmática jurídica, entre Direito Público e Direito Privado”⁴³, o que tornou toda e qualquer tentativa em frustração.

Atualmente essa separação tradicional no estudo do Direito objetivo, encontra-se vencida, superada, por assim dizer.⁴⁴

Luiz Edson Fachin demonstra que a mudança é mais profunda e, portanto, de ruptura paradigmática: “Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a ‘coexistencialidade’.”⁴⁵

Ao se suplantarem o individualismo por um modelo de Estado pautado em critérios sociais, foram reconhecidos vários princípios e condições dos seus respectivos vetores axiológicos.⁴⁶

Tem-se presente nesse movimento de virada, de nítida mudança paradigmática, uma alteração não só na dicotomia Direito Público e Direito Privado, mas, sobretudo, na relação entre o próprio Direito Civil e a Constituição Federal.

A releitura constitucional dos estatutos fundamentais do Direito Privado, a partir do reconhecimento do fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, conquista verificada no final do século XX, permite compreender-se a superação do sistema clássico, plasmado no regime normativo do Código Civil brasileiro de 1916.⁴⁷

⁴³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 120.

⁴⁴ Nas palavras de Juan María Bilbao Ubillos: “Nadie en su sano juicio puede pretender la desaparición de la frontera entre las dos esferas, la pública y la privada, porque la invasión de la sociedad por el Estado, la abolición de la esfera privada, es justamente el rasgo más característico de un régimen totalitario. Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido difuminando, es cada vez menos nítida. Lo que vemos realmente es una continuidad, un progresivo entrecruzamiento. La clásica contraposición que se remonta al Derecho romano se hace cada vez más tenue.” (UBILLOS, Juan María Bilbao. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 267).

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221.

⁴⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. “O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal.” In: _____ (coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público útil e do privado contemporâneo: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, pp. 564.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. “Sujeito, poder e direito na contemporânea principiologia axiológica civil-constitucional.” In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder nas instituições e nos*

Novamente valendo-se das palavras de Juarez Freitas, tem-se a “compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno inegável da constitucionalização do Direito.”⁴⁸

Verificou-se uma projeção desse fenômeno diretamente sobre os pilares fundamentais do Direito Privado, quais sejam: dos contratos, da família e do patrimônio.

Privilegia-se o interesse geral da sociedade a partir de pressupostos que, no sistema clássico, vaticinado no Código Civil do regime anterior, eram antes considerados de natureza unicamente particular.

A propriedade privada, a liberdade de contratar, bem como a determinação do alcance jurídico das obrigações criadas pela vontade das partes contratantes, numa perspectiva de liberdade contratual e formal, aparecem como referidos pressupostos.⁴⁹

A Constituição Federal, por sua vez, corresponde ao suporte das normas cujo sentido lhes é dado pelo intérprete, vertida em linguagem natural e que, por consequência, resulta na incorporação dos institutos de Direito Privado.

Denota-se a incorporação desses institutos de Direito Privado ao texto da Constituição, atribuindo-lhes fundamento de validade e sentido.⁵⁰

Dignidade da pessoa humana, confiança e boa-fé, legalidade, isonomia, liberdade contratual, autonomia da vontade, dentre outros, passam a ser princípios constitucionais plasmados no Código Civil⁵¹, refletindo, por uma questão de coerência e validade das normas jurídicas, sobre sistema jurídico como um todo.

valores do público útil e do privado contemporâneo: estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005, pp. 610.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. cit., p. 227.

⁴⁹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. “O conceito constitucional...,” p. 565.

⁵⁰ Cf. PISCITELLI, Tathiane dos Santos. “Os conceitos de Direito Privado como limites à interpretação de normas tributárias: análise a partir dos conceitos de faturamento e receita.” In: PAULA JÚNIOR, Aldo de (et. al.). *VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito Tributário e os conceitos de Direito Privado*. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 1228 e 1236.

⁵¹ Cf. JÚNIOR, Eroulths Cortiano. “A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.” *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 5. Curitiba: Abdconst, 2004, pp. 351-358.

Com o Direito Civil constitucionalizado, nele inserido o instituto do negócio jurídico denominado transação, de natureza jurídica tipicamente contratual, a análise jurídica desse mesmo negócio, sob a perspectiva do Direito Público, mais especificamente do Direito Tributário, torna-se relevante a partir do contexto, conceito e dos demais pressupostos identificados no âmbito do regime jurídico do Direito Privado.⁵²

Ademais, torna-se relevante salientar que não se considera mais a presença da alegada colisão entre Direito Tributário e Direito Civil, originária do positivismo formalista, eis que ambas as disciplinas são consequência dos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal.⁵³

Confirma-se essa linha de entendimento a partir da lição de Eduardo Domingos Bottallo, notadamente ao dizer ser “fácil perceber que, dentre as modalidades de extinção do crédito tributário, várias delas, como o pagamento, a compensação, a transação, a consignação e a dação em pagamentos são, igualmente, figuras adaptadas às circunstâncias próprias do Direito Tributário.”⁵⁴

⁵² “Da fenomenologia jurídica acima indicada decorre o seguinte: “Uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o direito; salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do direito; mas para que tal alteração ou limitação ou exclusão aconteça é indispensável à existência de regra jurídica que tenha disciplinado tal limitação, extensão, alteração ou exclusão. Portanto, quando o legislador tributário fala de venda, de mútuo, de empreitada, de locação, de sociedade, de comunhão, e incorporação, de comerciante, de empréstimo, etc., deve-se aceitar que tais expressões têm dentro do Direito Tributário o *mesmo significado* que possuem no outro ramo do direito, onde originalmente entraram no mundo jurídico.” (BECKER, Alfredo Augusto. cit. p. 111).

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. “O abuso do direito no código tributário nacional e no novo código civil.” In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2004, pp. 55-56. Nesse sentido, mais que apropriada a referencia ao ensinamento de Heleno Taveira Torres: “Pela ausência de qualquer espécie de autonomia do direito tributário em face de outros ramos, no âmbito do direito positivo, hoje esta claro, para todos, não existir um problema de coordenação entre direito tributário e direito civil, como que a prevalecer um ou outro, como se fossem ‘ordens jurídicas’ distintas ou alguma espécie de *principio conservativo* dos tipos e formas dos atos e negócios jurídicos de direito privado, quando estes se encontrem relacionados com aqueles adotados pela Constituição Federal, para a distribuição de competências tributarias, sem que isto implique reconhecer qualquer prevalência do direito privado sobre o tributário, porquanto a prevalência seja exclusivamente do direito constitucional.” (*Direito tributário e direito privado*. São Paulo: RT, 2003, p. 78).

⁵⁴ BOTTALLO, Eduardo Domingos. “Alguns reflexos do Código Civil no Direito Tributário.” In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2004, pp. 177.

Mesmo a separação tradicional, em obrigação *ex lege* e obrigação *ex voluntate*, resiste ao necessário ponto de partida a partir do estudo da transação no Direito Privado. Isto porque, conforme fundamentado juridicamente nos tópicos subsequentes, as obrigações legais podem comportar *certa* ou *determinada nos ditames da lei*, por assim dizer, parcela de manifestação de autonomia da vontade ao agente público.

A transação é uma categoria jurídica universal e perene, capaz de abranger situações tanto do Direito Público como do Direito Privado. Em outros termos, os traços básicos da transação são os mesmos para todos os ramos do Direito.

A teoria da transação, entretanto, foi moldada nos caminhos do Direito Privado, portanto não seria razoável tentar reconstruir uma transação administrativa emancipada e distinta da transação privada. Nesse sentido, as normas de Direito Privado devem ser aplicadas supletiva e ou subsidiariamente à transação no Direito Público, observadas, no entanto, suas peculiaridades e normas típicas.

Portanto, pode-se afirmar, com base nesse entendimento, que os pressupostos da dúvida ou incerteza, associadas ao estado de conflito entre as partes, bem como ao exercício da vontade destas mesmas partes em por fim ou evitar um litígio, todos eles típicos da transação no Direito Privado, são, preservadas as suas características próprias, identificáveis no instituto da transação tributária.⁵⁵

⁵⁵ Edvaldo Brito apresenta as seguintes considerações a esse respeito: “A lei remete à Administração Pública a efetivação do *crédito tributário*, mediante o mecanismo falado. Assim, outorga titularidade para esta, simplesmente, efetivá-lo por esse complexo processo das três fases. É sob esse regime jurídico que se legitima a utilização de princípios do direito privado. A *transação*, aqui, está inserida, sem necessidade da complicada tentativa do Projeto de lei n. 5.082 de 2009. Esta observação não escapou ao arguto mestre Baleeiro: ao interpretar o art. 171 do Código Tributário Nacional, afirma que nele o vocábulo transação é empregado no sentido jurídico e não vulgar de negócio jurídico qualquer, mas com o mesmo conteúdo do dispositivo do Código Civil.” (“Composição extra-judicial de conflitos tributários.” In: PAULA JÚNIOR, Aldo de (et. al.). *VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito Tributário e os conceitos de Direito Privado*. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 311-312). Adotando a mesma linha, Américo Masset Lacombe expressa a sua opinião nesses termos: “Eu creio que nós nunca devemos solucionar os problemas do direito público com categorias do direito privado, mas isso não invalida a meditação sobre algumas instituições do direito civil, principalmente se nós levarmos em conta que o Direito Civil já tem 2000 anos de elaboração científica, enquanto que o Direito Tributário tem pouco mais de 100 anos, praticamente nada.” (“A caracterização do parcelamento para fins tributários e criminais [novação da dívida ou mera confissão de fatos]: a jurisprudência do STJ.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 6. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2006, pp. 232).

Mais que justificável, pois, que se tome como premissa de validade no estudo da transação tributária, minimamente como referencial de interpretação e aplicação, o regime jurídico da transação sob o enfoque do Direito Privado, conforme a seguir explorado.

1.2 Conceito e natureza jurídica

Em seu sentido etimológico, a palavra transação, correspondente em vernáculo ao vocábulo latino *transactio*, decorre de *transigere*, verbo este composto da partícula e preposição *trans* (além de) e de *agere* (que significa conduzir).⁵⁶

No sentido comum, por sua vez, fornece a noção de vínculo de natureza comercial, ou seja, negócio ou comércio realizado entre as partes relacionadas.

Fala-se, nesse sentido da linguagem comum, em transação comercial, bancária ou de valores mobiliários, ou seja, negociar, manter relações de comércio. Tratam-se, assim, de expressões quotidianas e inerentes ao senso comum, cuja reiterada utilização pode resultar na falsa concepção do instituto da transação.⁵⁷

⁵⁶ Cf. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 1247. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993, p. 1231. COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1960, pp. 581-582. CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 781.

⁵⁷ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 1. NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 803. SCUTO, Marinella. "Transazione". In: *Enciclopedia forense*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1962, v. VII, p. 659. Nessa mesma esteira, João Melo Franco e Antonio Herlander Antunes Martins detalham: "Entende-se para este feito todas as operações respeitantes a mercadorias, tais como: a) venda ou alienação onerosa realizada por produtor ou grossista registrado, excepto quando feita a coberto da declaração de responsabilidade; b) a importação do estrangeiro ou de território sob administração portuguesa; c) arrematação e venda judicial ou adjudicação; d) a afectação ou uso próprio e a oferta de mercadorias; e) a transferência para secções de venda a retalho; f) a entrega de mercadorias à consignação, quando a devolução não seja feita dentro de um ano; g) as quebras injustificadas de matérias primas adquiridas para produção ou de mercadorias adquiridas para venda por grosso." (*Dicionário de conceitos e princípios jurídicos – na doutrina e na jurisprudência*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 851)

Em sentido técnico-jurídico, porém, a palavra transação corresponde ao sinônimo de combinação, convênio⁵⁸, ato ou modo de transigir, ceder, condescender, contemporizar, conciliar, enfim, chegar a acordo.⁵⁹

Não estará caracterizado o instituto jurídico da transação sem que nada seja dado, cedido ou prometido, com sacrifício, atentando, assim, para a imprescindibilidade das concessões recíprocas entre as partes nela relacionadas, a fim de prevenir ou extinguir uma determinada controvérsia.

Esse requisito da reciprocidade de concessões entre os envolvidos revela-se pedra angular da transação, verificando-se sua presença desde os primórdios do Direito Romano.⁶⁰

Naquele período histórico, a transação destinava-se a extinguir uma obrigação, por ser uma convenção em que alguém renunciava a um direito em litígio, recebendo, porém, uma retribuição. Daí, então, a constatação segundo a qual, no período romano, o requisito da existência de concessões recíprocas constituía verdadeira condição jurídica da transação.⁶¹

Mencionadas concessões recíprocas tinham, à época, origem no denominado “*timor litis*”, ou seja, no estado de dúvida ou incerteza em que se encontrava a “*lis non finita*” (litígio) ou “*res dubia*” (coisa incerta).

Além da dúvida quanto ao resultado final da contenda, a reciprocidade demonstra traço típico da transação e sua natureza jurídica, enquanto contrato bilateral entre os envolvidos.

Da conjugação desses requisitos essenciais do negócio transacional, reciprocidade das concessões e estado de dúvida quanto à solução da lide pendente ou potencial, emerge o princípio do “*aliquid datum et aliquid retentum*”.⁶²

⁵⁸ Cf. ZACHARIAS, Manif. *Dicionário auxiliar de composição literária*. Florianópolis: Garapuvu, 2006, p. 616.

⁵⁹ Cf. LEITE, Yára Muller. *Dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Pongetti, 1965, p. 278.

⁶⁰ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 4.

⁶¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. v. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 516.

⁶² Nesse sentido: “L’*aliquid datum et aliquid retentum* dà al contratto la carectteristica specifica di accordo transattivo; si avrebbe invece carenza di questa nota se le concessioni mancassero di

Essa mesma noção, partindo dessas características, prevaleceu também no denominado Direito intermédio, mais especificamente entre os séculos XIII e XIX.⁶³

Foi no antigo Direito luso-brasileiro, por ocasião das Ordenações Filipinas, que se verificou a efetiva adoção da orientação romanística do negócio transacional, registrando-se expressamente, no seu Livro IV, que: “E todo o que dito he, ha lugar não sómente nos contractos das compras, e vendas mas ainda nos contractos dos arrendamentos, aforamentos, escaimbos, transações, e quaesquer outras avenças em que se dá, ou deixa huma coisa por outra”.⁶⁴

Note-se que o legislador, naquela época, referiu-se expressamente à transação entre as avenças em que se oferece algo visando, reciprocamente, receber também alguma coisa em troca. Vem daí, pois, a condição jurídica inequívoca da reciprocidade das concessões enquanto essência da transação.

Esse mesmo ponto essencial das concessões mútuas para fins de transação, enquanto contrato bilateral, além de acolhido pelo Direito Civil pré-vigente no Brasil⁶⁵, foi absorvido por inúmeros outros ordenamentos jurídicos e suas respectivas legislações contemporâneas.

O Código Civil francês, de 1804, disciplina a transação nos artigos 2.044⁶⁶ a 2.058. O Código Civil italiano, datado de 1942, define a transação, em seu artigo 1965⁶⁷, ao qualificá-la como aquele contrato pelo qual as partes, mediante

reciprocità, ossia fossero poste in essere da una sola delle parti a vantaggio dell'altra, pur col fine di eliminare una lite in corso o di evitare una lite prossima.” (SCUTO, Marinella. cit., p. 661).

⁶³ Cf. TREGGIARI, Ferdinando. “Transazione”. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffè Editore, 1992, v. XLIV, p. 790-813.

⁶⁴ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 15.

⁶⁵ Nesse sentido: “Daí não haver transação sem concessões mútuas ou recíprocas, por se tratar de avença em que se dá ou deixa uma coisa por outra. No mesmo sentido se orientaram os mestres de nosso direito previgente e a jurisprudência anterior ao Código Civil, que confirmavam a exigência da mutualidade de concessões para que se configurasse a transação.” (DINIZ, Maria Helena. cit., p. 517).

⁶⁶ “Article 2044. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.”

⁶⁷ “Articolo 1965. La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.” Válido destacar a doutrina de Enrico del Prato, ao comentar referido dispositivo e qualificar a natureza contratual da transação a partir do Código Civil italiano: “Fra gli strumenti accordati ai privati per la soluzione di controversie giuridiche la transazione occupa un posto particolare perché è un

concessões recíprocas, finalizam um determinado litígio já iniciado ou previnem o seu surgimento entre as mesmas.

Por sua vez, o Código Civil da Espanha, de 1888, define expressamente a transação como espécie de contrato em seu artigo 1809⁶⁸; assim como, igualmente, o Código Civil de Portugal, que vige desde 1967, reconhecendo, a partir de seu artigo 1248, que: “Transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões”.

Também se encontra suficientemente caracterizada a transação como sendo contrato de direito privado no Código Civil alemão, em vigor desde 1900, por força do seu §779⁶⁹. Por fim, por conta da influência brasileira, deve se registrar a qualificação de negócio jurídico bilateral a partir dos artigos 832 a 838, do Código Civil argentino⁷⁰.

O Código Civil brasileiro no regime anterior, de 1916, tratou da disciplina da transação especificamente em seu artigo 1.025, dentre o modo de extinção das obrigações⁷¹, fixando como “lícito aos interessados prevenirem ou extinguirem o litígio mediante concessões mútuas”.

Essa mesma previsão consta do artigo 840 do Código Civil brasileiro vigente, evidenciando-se a onerosidade na transação, e, desse modo, contemplando-a no seu Título IV e que alude às modalidades de contrato. Nítida no Direito Positivo, pois, sua natureza contratual. De acordo com mencionando dispositivo legal, a

contratto ed, in quanto tale, prescinde dall'accertamento della ragione e del torto.” (La transazione. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1).

⁶⁸ “Artículo 1809. La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.”

⁶⁹ “§779 Begriff des Vergleichs, Irrtum über die Vergleichsgrundlage (1) Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. (2) Der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist.”

⁷⁰ “Artículo 832. La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.”

⁷¹ Cf., FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – direito civil e empresarial*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 355.

transação cria, modifica e extingue relação jurídica diversa da originária, deixando, pois, de ser mera modalidade extintiva da obrigação.⁷²

Com isso, demonstra-se que o Código Civil de 2002 resultou em inovação legislativa ao tratar da transação como um contrato, eis que, diversamente, o regime anterior a considerava dentre os modos específicos de adimplemento de obrigações.⁷³

Desse contexto é que se extraem as definições doutrinárias acerca da transação, sempre se levando em conta as concessões mútuas e a pretensão de se evitar ou terminar litígio entre os sujeitos da relação jurídica de Direito Privado, caracterizando-se, assim, natureza jurídica de negócio bilateral.

Com esse desiderato, revelam-se válidas as referências a seguir apresentadas. São trazidas à colação, de modo meramente indicativo, as opiniões de autores expoentes na matéria, cujas palavras deixarão claras os diversos e principais entendimentos doutrinários a propósito.

De acordo com Pontes de Miranda: “A transação é o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia.”⁷⁴ Note-se que nesse conceito específico, porém, não se encontra expressamente esclarecido se as controvérsias são aquelas já existentes ou, também, aquelas ainda latentes. Para o Direito Privado, as controvérsias latentes podem ser, em caráter preventivo, evitadas por meio de mútuo acordo entre as partes relacionadas.

Para Orlando Gomes, a transação equivale ao “contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica.”⁷⁵ O caráter preventivo da transação resta, nesse aspecto, demonstrado no próprio conceito, bem como a caracterização da bilateralidade desse instituto e sua natureza contratual.

⁷² Cf. DINIZ, Maria Helena. cit., p. 517.

⁷³ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 443.

⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXV, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 117.

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 440.

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira, dando especialidade à transação por conta da sua natureza jurídica, conceitua a mesma como sendo “uma especial modalidade de negócio jurídico, que se aproxima do contrato, na sua constituição, e do pagamento, nos seus efeitos.”⁷⁶

De igual modo, Washington de Barros Monteiro mantém-se na esteira dos demais ao consignar que “A transação em sentido técnico constitui ato jurídico bilateral, pela qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.”⁷⁷ Nessa mesma linha de entendimento, em obra clássica a respeito especificamente do tema, Carlos Alberto Dabus Maluf registra que “a transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.”⁷⁸

De acordo com a noção apresentada por Maria Helena Diniz, a transação equivale à “solução contratual da lide, pois as partes são levadas a transigir pelo *timor litis*, pelo desejo de evitar um processo cujo resultado eventual será sempre duvidoso”⁷⁹, sem abrir mão do requisito das concessões mútuas.

Por fim, mais recentemente, Paulo Luiz Netto Lôbo manteve a evidência desse aspecto consignando que a “transação é o contrato no qual duas pessoas (transatores) resolvem encerrar litígio existente entre elas, ajuizado ou não, mediante concessões recíprocas.”⁸⁰

Definida a sua natureza jurídica, a partir das definições doutrinárias acima referidas, tem-se a confirmação de que a transação corresponde a negócio jurídico bilateral, com fundamento no intercâmbio de obrigações recíprocas, ambas essenciais à sua composição, mediante prevenção ou extinção de controvérsia entre as partes correlatas.

Abandona-se, assim, a tentativa de Carlos de Carvalho, Clóvis Beviláqua, Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, João Manuel de Carvalho Santos e Teixeira

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. v. 2, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 178.

⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 314.

⁷⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 1.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. cit. 518.

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 442.

de Freitas, que, a partir do artigo 1.025, do Código Civil de 1916, que laboraram no sentido de qualificar a transação a partir de sua natureza jurídica de ato jurídico extintivo de obrigações.⁸¹

De acordo com a visão dos mencionados autores clássicos, quanto à sistemática do Código Civil anterior, a transação não configura propriamente um contrato, mas, isto sim, um ato jurídico, visto que este e não aquele é que assegura direitos.

Desse modo, não se poderia deixar de considerar a transação unicamente como meio de extinção de obrigações.

O abandono dessa noção justifica-se sob três distintos aspectos. Primeiramente, por conta da já referida influência das Ordenações Filipinas, que configuraram a essência da tradição do Direito brasileiro.

Em segundo lugar, pela influência que a doutrina nacional absorveu do célebre ensinamento de Francesco Carnelutti, segundo o qual a composição da lide por meio de parcial renúncia às pretensões recíprocas dos sujeitos correlacionados configura-se a causa da transação, no sentido de motivação. E, por isso, mesmo, o efeito característico da transação não equivale somente à extinção ou prevenção da lide, mas, também, ao meio pelo qual se alcança tal resultado: a reciprocidade de concessões.⁸²

Essa alteração no entendimento acerca do instituto é confirmada por Orlando Gomes, ao registrar que a doutrina clássica explicava a transação, enquanto negócio jurídico bilateral, “pela ideia de *causa*, ensinando que, se uma obrigação deixa de ser cumprida, a obrigação correlata perde-a.”⁸³

⁸¹ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 4, 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1950, p. 176. MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908, n. 373. SANTOS, José Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. vol. XIII, 11. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, pp. 350-351.

⁸² Cf. CARNELUTTI, Francesco. “Sulla causa della transazione.” *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 12, II, 1914, p. 575. Nesse mesmo sentido, confira-se: FINO, Michele Antonio. “L’archetipo contrattuale transattivo: radici storiche e ruolo attuale nell’ordinamento”. Disponível em: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102fino.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

⁸³ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 73.

Ainda, em terceiro lugar, a doutrina nacional, além de seguir a lição do Mestre italiano Carnelutti, também aderiu aos ensinamentos da doutrina estrangeira, calcada nas codificações já referidas nas linhas anteriores, não deixando dúvida com relação ao caráter de negócio jurídico bilateral e sinalagmático da transação nos ordenamentos jurídicos de alhures.

Por se caracterizar como negócio jurídico bilateral, identificam-se partes que, ao mesmo tempo, ocupam a posição de credor e devedor, cada qual titular de direitos e obrigações.

Configura-se, assim, uma relação jurídica complexa, em detrimento daquelas simples ou de natureza jurídica unilateral. Ao contrário destas, na transação a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa.

Além da bilateralidade, o negócio jurídico transação tem cunho sinalagmático, eis que há dependência recíproca das obrigações.⁸⁴ Ambas as partes se obrigam. Em outras palavras, tem-se a presença de prestações correlatas, que permitem a demonstração da interdependência essencial entre as mesmas.

Nesse mesmo ponto, Orlando Gomes, salientando a interdependência das obrigações como requisito essencial dos contratos sinalagmáticos, salienta que “cada contraente não pode, antes de cumprir sua obrigação, exigir do outro adimplemento que lhe incumbe.”⁸⁵

Igualmente tem natureza jurídica, além de bilateral, de negócio jurídico oneroso, eis que ambas as partes obtêm, uma em função das concessões mutuamente efetuadas pela outra, proveito com a transação.

Não pode haver sacrifício de uma parte em favor da outra, sob pena de qualificar-se como contrato pautado pela gratuidade.⁸⁶ As concessões recíprocas

⁸⁴ Ao fundamentar a transação como contrato bilateral e sinalagmático, Carlos Alberto Dabus Maluf assim se manifesta: “É um contrato bilateral, sinalagmático. Todos os contratos bilaterais têm o seu fundamento na troca de obrigações recíprocas, um e outra essenciais à formação do negócio jurídico, e a transação, supondo igual troca, é evidente que não pode deixar de revestir o mesmo caráter.” (cit., p. 42).

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 72.

⁸⁶ Vale conferir a esse respeito: “La transazione è dunque un contratto oneroso, a prestazioni corrispettive. La contraria opinione, trascurando l’efficienza dispositiva delle concessioni sulla situazione sostanziale e ritenendola idonee ad operare solo sul terreno formale di pretese e contestazioni, muove dal rilievo che la corresponsività riguardi solo l’obbligazione di non dare al rapporto su cui si è transatto una diversa intelligenza. Ma l’intrinseca dispositività, cioè l’attitudine

podem consistir num dar, fazer ou não fazer, pouco importa, desde que caracterizadas perdas e ganhos mutuamente entre as partes.⁸⁷

É também negócio jurídico de natureza consensual vez que resultante de declarações de vontade, aperfeiçoando-se quando da sua concordância. Trata-se de negócio jurídico que se torna perfeito e acabado por conta exclusivamente da integração das declarações de vontades das partes relacionadas.⁸⁸

Vale dizer, a transação é negócio jurídico que se completa pela simples manifestação volitiva das partes, não dependendo, do ponto de vista de sua eficácia, da tradição das coisas que cada uma delas mutuamente tenha se comprometido a entregar.⁸⁹

Ainda do ponto de vista de sua natureza jurídica, cumpre anotar que a transação caracteriza-se como negócio jurídico formal, eis que para que seja eficaz exige a forma escrita.

Ou seja, dentre as características dos contratos em geral, a transação integra o rol daqueles ditos solenes, atendendo à forma prescrita em lei, que é escrita, seja por meio de escritura pública ou instrumento particular.⁹⁰

ad innovare, appartenente a tutti gli atti negoziali, si esterna nella transazione nel più intenso effetto di plasmare il rapporto controverso senza il tramite dell'obbligazione, precludendo in via definitiva (salve le ipotesi che si prenderanno in considerazione appresso e che, comunque, non toccano la validità di questo principio), a mezzo della cosiddetta *exceptio rei per transactionem finitae*, la possibilità di un sacrificio patrimoniale gravante su entrambi i contraenti." (DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 27-28). Na mesma linha, anota Maria Helena Diniz que: "(...) será necessário que ambos os transigentes concedam alguma coisa ou abram mão de alguns direitos em troca da segurança oferecida pela transação. Daí o carácter oneroso desse instituto, já que cada parte procura tirar uma vantagem do acordo, sem que as concessões mútuas devam implicar equivalência ou proporcionalidade das prestações ou correspondência das vantagens e sacrifícios (RT, 423:221). A transação está longe de constituir um reconhecimento recíproco dos direitos litigiosos, por supor abandono mutuo de uma parte daqueles direitos, não sendo necessário que essas concessões recíprocas representem o equivalente exato uma das outras. (...) A reciprocidade de ônus e vantagens constitui o elemento caracterizador da transação, uma vez que sem ele a transação será uma mera liberalidade. (...) tudo conceder sem nada receber não é transigir." (cit., p. 520).

⁸⁷ Nesse sentido: "É um contrato a título oneroso, atento a que cada uma das partes obriga-se a fazer concessões recíprocas, isto é, realizar uma em favor da outra uma prestação de dar, fazer ou não fazer." (MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 43).

⁸⁸ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 75.

⁸⁹ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 43.

⁹⁰ NCC, art. 842: "A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite (...)". Nesse aspecto, Orlando Gomes salienta

A partir dessas considerações acerca da natureza jurídica contratual e sinalagmática do instituto, aliadas às noções conceituais apresentadas, conceitua-se a transação, para o propósito da presente investigação científica, como sendo *aquele negócio jurídico bilateral, celebrado entre partes de uma determinada relação jurídica controvertida, que, mediante manifestação expressa de suas respectivas vontades, acordam, através de concessões mútuas, pela prevenção de conflito latente por conta do estado de incerteza e dúvida, ou, também, extinção de litígio já concretizado.*

1.3 Requisitos essenciais, objeto e principais características

Dessa conceituação acima proposta extraem-se, conforme a seguir demonstrados, os pressupostos, objeto e requisitos da transação.

Por se tratar de negócio jurídico, que corresponde a uma declaração de vontade de sujeito de direito, terão que estar identificados seus elementos essenciais.

Negócio jurídico válido requer, como requisitos, (i) declaração de vontade, (ii) agente capaz, (iii) objeto lícito, e, igualmente, (iv) forma prescrita e não defesa em lei.

Como todos os negócios jurídicos pressupõem declaração de vontade, manifestação de consenso consciente ou consentimento expresso, a capacidade do agente é elemento essencial à sua validade jurídica.⁹¹

O objeto dos negócios jurídicos deve ser idôneo e, segundo Orlando Gomes, “não vale se contrário a uma disposição de lei, à moral, ou aos bons costumes, numa palavra, aos preceitos fundamentais que, em determinada época e lugar, governam a vida social.”⁹²

Em termos de conteúdo, portanto, tem-se o sujeito ativo titular do crédito, qualificado como credor; e, também, o sujeito passivo titular da obrigação ou dever

“que o contrato se conclua *por escrito*, quer a transação de direitos duvidosos, quer a de direitos litigiosos.” (*Contratos*, p. 442).

⁹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 378.

⁹² *Idem*, p. 382.

de adimplir a obrigação vinculada ao mencionado crédito e que vem qualificado como devedor.

O propósito negocial para que as partes manifestem suas vontades igualmente deve estar caracterizado. E, ainda, anota-se que os negócios jurídicos, em regra, não possuem forma específica, exceto aqueles que têm previsão em lei impondo a observância pelas partes relacionadas de determinada forma especial.

Considerados os pressupostos gerais de validade dos negócios jurídicos, dentre estes a transação, deve ser destacada a existência de seus pressupostos específicos.

São quatro os pressupostos ou requisitos essenciais ao negócio jurídico bilateral denominado transação: (i) estado de dúvida ou incerteza de uma relação jurídica; (ii) conflito latente ou já existente; (iii) a intenção de pôr-lhe fim ou prevenilo; e, ainda, (iv) a existência de concessões recíprocas.

Em se tratando de relação jurídica, identificam-se, desde logo, as figuras dos sujeitos ativo e passivo, credor e devedor, que contrapõem ou futuramente irão contrapor seus interesses, gerando conflito.

O objeto da relação jurídica entre ambos passa a ser, então, de contraposição de interesses.⁹³ Esses sujeitos qualificam-se de transigentes, ou partes da relação jurídica objeto do negócio jurídico bilateral transação, com pressupostos e requisitos que lhe são peculiares.

Desse objeto extraem-se três requisitos essenciais: (i) sua licitude, (ii) possibilidade de realização, e, também, (iii) que o mesmo seja determinável.

De pronto, conforme mais adiante será reiterado, para que exista e seja válida a transação, as partes devem fazer concessões exclusivamente a respeito de direitos disponíveis, ou seja, que por sua própria natureza, ou, também por conta de disposição legal expressa, possam ser objeto de disposição pelas partes.⁹⁴

⁹³ Cf. ARIOLA, Luca; FRISANI, Dalila. “La transazione”. In: *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*. Torino: UTET Giuridica, 2006, p. 33.

⁹⁴ Nesse sentido, de acordo com Dalila Frisani e Luca Ariola: “La transazione è nulla se le parti vogliano disporre di diritti che, per loro natura, o per espressa disposizione di legge siano sottratti alla disponibilità delle parti.” (*Idem*, p. 36).

Em segundo lugar, mas não menos relevante, para que o objeto da transação seja considerado *possível*, deve ser verificada a presença da *res dubia*⁹⁵ ou situação de incerteza quanto à sua existência, validade e eficácia, configurando conflito potencial ou já instalado.⁹⁶

Com efeito, através do negócio jurídico bilateral da transação é que as partes relacionadas afastam as incertezas a respeito de um direito ou relação jurídica preexistente. Ou seja, o direito necessariamente deve ser duvidoso, sendo justamente em razão dessa dúvida que as partes transigem a respeito da controvérsia já existente ou latente.

Objetiva-se assim, por meio da transação, transformar um estado jurídico inseguro e incerto em outro seguro e previsível, em definitivo.

Conforme dizia Ulpiano, no *Digesto*, Livro II, Título XV, fr. I: “*Qui transigit quase de re dubia et lite incerta neque finita transigit*”, significando que aquele que transige o faz sobre coisa duvidosa e lide incerta ou não encerrada.⁹⁷

A transação somente estará caracterizada quando os direitos sobre que versa forem qualificados como litígio ou dúvida, caso contrário somente se terá o reconhecimento do direito ou a renúncia em favor da outra parte, conforme se admitam as pretensões contrárias ou que as próprias pretensões sejam objeto de desistência pelo respectivo sujeito. Nessas hipóteses, a transação perderá sua finalidade, configurando eventual acordo dos interessados mera doação ou remissão de dívida, a depender do caso.⁹⁸

Quanto a esse estado de incerteza, esta pode decorrer da dúvida quanto à existência da fonte da relação jurídica. Vale dizer, a possível situação de incerteza quanto à ocorrência e existência do próprio fato jurídico, do qual possa ser

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 441.

⁹⁶ SCUTO, Marinella. cit. p. 661.

⁹⁷ Cf. REALE, Miguel. “Transação: elementos identificadores, homologação judicial de uma transação e seus efeitos, exceções cabíveis na espécie.” *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 1978, nº 508, p. 45.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. cit., p. 519.

proveniente uma determinada relação jurídica, mesmo em se tratando de existência futura.⁹⁹

A incerteza igualmente poderá versar a respeito da validade do negócio jurídico. Se uma das partes afirma que um determinado negócio jurídico é válido e, concomitantemente, a outra parte nega essa validade, poderão dirimir esse conflito transigindo.¹⁰⁰

Ainda, também, poderá a transação destinar-se a evitar ou compor estado de incerteza com relação à eficácia de uma determinada relação jurídica.

Onde antes uma das partes negava e outra afirmava a eficácia de um determinado negócio jurídico, tornando-o controvertido, dá-se solução ao impasse por meio de transação, mediante mútuas concessões.¹⁰¹ Essa incerteza pode versar sobre a eficácia passada, presente ou futura.

Nessa mesma senda, imprescindível revelar que são utilizados critérios objetivo e subjetivo para a configuração desse estado de incerteza.

A partir do critério objetivo, os sujeitos relacionados partem do temor a respeito da sorte do litígio, bem como pelo desejo que têm de dirimir a situação duvidosa. Impõe-se, com isso, a presença real de uma dúvida suscetível de ser desfeita.¹⁰²

Por outro lado, na incerteza qualificada como subjetiva, que tem prevalecido em detrimento do critério objetivo, o direito se torna duvidoso no íntimo pessoal e no pensamento das partes que transigem.

Pontes de Miranda afirma somente existir este estado de dúvida subjetivo, na medida em que “As regras jurídicas têm *incidência* infalível; a incerteza, a respeito

⁹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 130.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Carlos Alberto Dabus Maluf enumera as principais críticas ao reconhecimento desse critério crítico, anotando que: “Essa concepção objetiva tem sido, porém criticada pelas seguintes razões: a) o direito não pode ser objetivamente incerto: ou é ou não é; se existe incerteza, não está no fato, porém no espírito das partes; b) imprecisão do critério ministrado ao julgador; acarretando uma atmosfera de insegurança para as transações, embora se tenha tido o cuidado de acentuar que o juiz não deve facilmente declarar afastada a transação pelo motivo do direito que lhe forma o objeto não ser suscetível de contestação.” (cit., p. 51).

delas, é subjetiva; também os fatos se dão e não se podem *dar e não dar*; nós é que podemos não saber se se deram, ou se não se deram.”¹⁰³

Em terceiro lugar, e por decorrência desse estado de dúvida e os interesses contrapostos, enquanto elementos da transação, estes devem ser passíveis de determinação, ou seja, o objeto – a *res dubia* e a conflitividade dela decorrente – deve ser conhecido, ainda que em caráter preventivo.

Para que as partes possam transigir, faz-se imprescindível que conheçam a dimensão da incerteza e a controvérsia dela decorrente. Além da dimensão e o convencimento quanto ao seu interesse a parte relacionada deve, necessariamente, conhecer também o interesse contraposto pela outra parte.

Somente assim poderão ambas as partes, dimensionar a dúvida e o próprio conflito que estão sendo transacionados.¹⁰⁴

No tocante ao conflito ser qualificado como latente ou já existente, parte-se da ideia de contraposição de interesses das partes relacionadas, aplicando-se a noção de pretensão resistida.

O conflito corresponde à falta de acordo, desarmonia, discrepância, divergência ou desavença entre os sujeitos de uma dada relação jurídica, sendo ínsito à natureza humana.

A discórdia qualifica-se como latente quando ainda oculta, não aparente, havendo, minimamente, temor das partes envolvidas. Mas o estado de dúvida já se configura, exigindo a transação, nesse caso, de natureza preventiva.

Com efeito, na transação preventiva busca-se eliminar a incerteza dos direitos que cada um dos sujeitos interessados supõe ser titular, compondo-se de modo amistoso.

Orlando Gomes registra ser preferível “fazer concessões mútuas a arricar-se num pleito cuja solução poderá ser inteiramente desfavorável a um deles.”¹⁰⁵

¹⁰³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 131.

¹⁰⁴ Cf. ARIOLA, Luca; FRISANI, Dalila. cit., p. 35.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 442. Referindo-se à lição do citado Autor, Carlos Alberto Dabus Maluf constata a “sinonímia entre as expressões ‘extrajudicial e preventiva’ e entre as expressões ‘judicial e terminativa’.” (cit., p. 85).

Essa espécie preventiva também é denominada como extrajudicial, eis que ainda não constituída a relação jurídica processual, uma lide propriamente dita, perante o Poder Judiciário.

E, por ser um negócio jurídico bilateral em que as partes declinam de seus interesses, revela-se imprescindível a manifestação volitiva dos transatores, não podendo, portanto, haver transação em virtude exclusivamente de lei.¹⁰⁶

Da mesma forma, como decorrência direta da sua natureza jurídica bilateral, vale reiterar, como requisito essencial à validade da transação, a existência de concessões recíprocas, concretizadas pela declaração de vontade das partes transigentes. Tem, portanto, fundamento na autonomia da vontade e na sua declaração.

Não existindo concessões de ambos os sujeitos relacionados não se configura o negócio jurídico transacional, pois, nessa situação, ausente estará a figura do sacrifício.¹⁰⁷ Não havendo sacrifício por parte dos sujeitos da relação jurídica, estará caracterizado mero reconhecimento do direito da parte adversa, renúncia ou desistência em relação ao mesmo.¹⁰⁸

A partir daqui, evidenciam-se, além desses requisitos básicos, algumas situações específicas, características por assim dizer, que são identificadas no Código Civil brasileiro.

Relevante ter-se em conta que, não obstante a possibilidade do estado de incerteza poder resultar em transação, esta depende da disponibilidade do direito no plano jurídico-material. Com base nesse pressuposto, somente poderá ter por objeto os direitos patrimoniais de caráter privado.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. cit., p. 518.

¹⁰⁷ Cf. ARIOLA, Luca; FRISANI, Dalila. cit., pp. 36-37.

¹⁰⁸ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 132. Nesse mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo ensina: “Para que haja efetivamente o contrato de transação é necessária a reciprocidade das concessões. Se não há concessões de uma parte e de outra, não há transação. Sob o nome transação o que houve foi outro ato jurídico: reconhecimento do direito do outro, renúncia do próprio direito, desistência, ou outra categoria.” (cit., p. 443). Na mesma linha de entendimento, Dalila Frisani e Luca Ariola confirmam: “Se no sussitono reciproche concessioni, il contratto deve essere qualificato diversamente dalla transazione, anche se há ló scopo di por fine alla lite.” (cit., p. 36).

¹⁰⁹ NCC, art. 842: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”

Se os direitos de que se trata são de cunho extrapatrimonial e de ordem pública, a transação não é permitida. A transação exige o preenchimento do requisito da patrimonialidade dos direitos acordados.

Em regra, todo aquele direito de que o titular não possa dispor fica excluído do rol dos direitos transacionáveis¹¹⁰, sendo estes: (i) bens fora do comércio; (ii) o estado e capacidade das pessoas; (iii) algumas relações de família, a exemplo da legitimidade ou dissolução do casamento, guarda dos filhos¹¹¹, pátrio poder, investigação de paternidade¹¹² e alimentos.¹¹³

Com efeito, os direitos personalíssimos, os direitos de poder e as ações de estado encontram-se excluídos do conteúdo patrimonial, via de consequência, da esfera da disponibilidade. E, assim, por imposição legal, deixam de integrar os direitos patrimoniais as coisas comuns, públicas e aquelas qualificadas como fora do comércio.

Embora possível transigir acerca do *quantum*, todas as situações mencionadas se inserem no rol dos direitos indisponíveis, justamente por serem irrenunciáveis.

Da mesma forma, não será válida a transação que tiver por objeto conteúdo de norma de ordem pública, em virtude de sua cogência, ou com o intuito de atribuir validade a negócio jurídico cujo objeto seja ilícito ou imoral.¹¹⁴

No entanto, não se deve confundir norma de ordem pública com matéria relacionada ao Direito Público.

A noção de ordem pública está relacionada às questões de interesse geral da sociedade, enquanto que o Direito Público tem por objeto relações entre o Estado e

¹¹⁰ Cf. GOMES, Orlando. *Contrato*. pp. 441-442. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 53.

¹¹¹ É vedado, por imoral ou patente violação do preceito de ordem pública, composição entre os pais pela guarda dos filhos tendo como contraprestação a entrega de soma em dinheiro.

¹¹² É usual na prática forense acordos em ações de investigação de paternidade, quando o pai reconhece a paternidade do filho e, assim, termina se livrando do pagamento de alimentos desde o momento da citação.

¹¹³ Válido mencionar que, muito embora os alimentos, porque irrenunciáveis, estejam fora da transação, permite-se acordo sobre o *quantum*, eis que o arbitramento da verba alimentícia subordina-se ao efeito da cláusula *rebus sic stantibus* ou dependente da condição financeira contemporânea dos envolvidos. Esse efeito econômico integra rol disponível da ação de estado e, por isso, admite-se a transação.

¹¹⁴ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., pp. 447-448.

os administrados, em que prevalece a supremacia do interesse público em relação ao privado, com obrigações derivadas da lei e não da vontade, visando à realização do interesse da sociedade como um todo.

Daí serem qualificadas algumas normas como de ordem pública, que podem ser tanto de Direito Público quanto Privado.

Sua impositividade deve ser absoluta, sendo esta, de acordo com Goffredo Telles Junior, “motivada pela convicção de que certas relações e certos estados da vida social não podem ser abandonados ao arbítrio individual, sob pena de possível prejuízo para a ordem social.”¹¹⁵

Os conflitos envolvendo o Estado como parte, ou o próprio interesse público, de acordo com a legislação de Direito Privado, não se encontram no rol dos direitos indisponíveis e, portanto, sob seu aspecto material, são transacionáveis desde que observados seus pressupostos e limitações.

Admite-se, mesmo no Direito Público, a transação, principalmente no âmbito do Direito Administrativo e, conforme a seguir explorado, também no Direito Tributário.¹¹⁶

Deve estar presente a capacidade para transigir. Justamente por se tratar acordo de vontade entre os interessados, exigindo capacidade genérica para a vida civil e capacidade de disposição. Para transigir requisita-se ter poder de disposição sobre o objeto do acordo e, sobretudo, capacidade para se obrigar.

Orlando Gomes salienta que “Uma vez que todo *negócio jurídico* pressupõe uma declaração de vontade, é preciso que tenha capacidade quem a emite.”¹¹⁷

De regra, não podem transigir (i) os menores absolutamente incapazes, assim como os relativamente incapazes¹¹⁸, (ii) os interditos¹¹⁹, os surdos-mudos e os

¹¹⁵ JUNIOR, Goffredo Telles. cit., p. 226.

¹¹⁶ Leciona Pontes de Miranda: “Se o direito patrimonial é de caráter público, e. g., impostos e taxas federais, estaduais, ou municipais, ou paraestatais, a transacionabilidade depende de lei especial. (...) Assim o ramo do direito que rege o direito não patrimonial é que responde se pode haver, quanto a esse, transação, e o ramo do direito público é que responde se, quanto a ele, pode haver transação.” (*Tratado...*, Tomo XXV, pp. 152-153). Nessa linha, também: LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 446.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução...*, p. 378.

¹¹⁸ Por se tratar de ato anulável, a transação poderá ser confirmada ou ratificada de acordo com as regras estabelecidas para as obrigações contratadas pelos relativamente incapazes.

pródigos; (iii) o falido¹²⁰; (iv) o tutor em relação aos negócios do tutelado, assim como o curador e curatelado; (v) o mandatário; (vi) o sócio que não tenha administração na sociedade, e, ainda, (vii) os cônjuges isoladamente quando a transação envolva bens imóveis.¹²¹

Outro requisito fundamental do negócio jurídico bilateral denominado transação está relacionado à sua indivisibilidade.

O negócio jurídico transacional é dotado, assim, de unidade, não obstante a existência de concessões recíprocas entre as partes contraentes.

A característica da indivisibilidade afigura-se essencial à transação, que constitui negócio jurídico com todos os elementos característicos da relação negocial.¹²²

Essa unidade que lhe é típica decorre da relação jurídica sobre a qual recai a incerteza, seja quanto à extensão, conteúdo, validade ou eficácia.¹²³ A nulidade de quaisquer de suas cláusulas resulta na nulidade da transação como um todo.¹²⁴ Se

¹¹⁹ Se a transação foi realizada anteriormente à sentença de interdição, a nulidade da transação dependerá da certeza de que o fato determinante da incapacidade se fazia presente na realização do ato. Revela-se, nesses casos, imprescindível realização de prova segura da incapacidade do agente ao tempo da celebração do ato.

¹²⁰ O síndico da massa falida poderá transigir, desde que previamente autorizado pelo juízo falimentar. Não teria sentido, ao mesmo tempo, autorizar o falido a transigir e retirar o poder de administração de seus bens.

¹²¹ Nesse sentido: “Daí a exigência de capacidade das partes não dizer respeito somente à capacidade genérica para a vida civil, mas também a legitimação para alienar, ou seja, à capacidade de disposição, por ser necessário que o transator a tenha, visto que a transação constitui um modo especial de extinção de dívidas, envolvendo renúncia de direitos. Não tem capacidade para transigir os absolutamente ou relativamente incapazes, salvo se representados ou assistidos por seus representantes legais, devidamente autorizados pelo juiz. Apenas a pessoa maior e capaz poderá transigir.” (DINIZ, Maria Helena. cit., p. 518-519). Igualmente destaca-se: “(...) exige-se a autorização judicial para que o tutor (art. 1.748, III, do CC/2002) e o curador (arts. 1.774 e 1.781 do CC/2002) possam transigir em nome do tutelado e do curatelado. Idem quanto à transação incidente sobre bens imóveis de filhos menores, posto que o ato implica alienação (art. 1.782 do CC/2002). Da mesma forma e por igual razão, quando o regime não for aquele da separação absoluta de bens, não podem os cônjuges, um sem a anuência do outro, transacionarem quanto a bens imóveis (art. 1.647, I, CC/2002).” (FRANCO, Vera Helena de Mello. cit., p. 357).

¹²² Cf. DINIZ, Maria Helena. cit., p. 521.

¹²³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 162.

¹²⁴ NCC, art. 848: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.” Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. cit., p. 177. De acordo com Maria Helena Diniz: “A indivisibilidade é essencial à transação, que constitui negócio jurídico com todos os elementos característicos da relação negocial (...)” (cit., p. 521).

alguma das cláusulas for nula, essa nulidade abarcará toda a transação.¹²⁵ Isso por decorrência direta da interdependência e solidariedade de suas cláusulas, relacionando todos os contraentes de modo amplo.¹²⁶

Anote-se, por consequência, não ser aplicável ao negócio jurídico transacional o chamado princípio da conservação dos contratos, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, o qual faz preservar o restante do contrato caso a nulidade parcial não comprometa a validade do restante.¹²⁷

A indivisibilidade reflete consequências na forma de interpretação da transação. Por conta dessa típica indivisibilidade é que a transação deve ser interpretada restritivamente, ou seja, não comporta interpretação extensiva.¹²⁸

E, conforme destacado por Vera Helena de Mello Franco, assim é “porque a transação implica renúncia de direitos, somente podendo abranger as questões suscitadas pelas partes e que tenham a mesma origem material.”¹²⁹

Vale dizer, não se ampliam os efeitos de suas cláusulas, eis que a transação interpreta-se restritivamente. A manifestação de concessão pelas partes deve ser explícita, passível de interpretação restritiva, ou não se tem presente o instituto da transação.

¹²⁵ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 162.

¹²⁶ Nesse sentido: “Difícilmente se conceberia a divisibilidade de negócio jurídico transacional. O que um dos figurantes ‘concede’, a fim de que o outro ‘conceda’, é dependente do que o outro concede, como do que ele concede depende o que o outro figurante concede. A noção mesma de concessão, no sentido que aí se lhe dá, implica a reciprocidade, e não se pode dividir o recíproco.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 163).

¹²⁷ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 448. Em sentido contrário, confira-se: MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 68.

¹²⁸ NCC, art. 843. “A transação interpreta-se restritivamente (...)”. Conforme ensinamento de R. Limongi França a esse respeito: “Restritiva, por fim, é a interpretação cujo resultado leva a afirmar que o legislador, ao exarar a norma, usou de expressões aparentemente mais amplas que o seu pensamento. Entretanto, quando, por exemplo, se afirma que ‘a interpretação das leis fiscais deve ser restritiva’, o que se deseja é que, em caso de dúvida, a orientação seja favorável ao erário público. Na verdade, dado o espírito de que são imbuídas as leis dessa natureza, a tendência dominante leva a restringir os direitos dos contribuintes, respeitados naturalmente os limites que emergem da própria lei.” (*Hermenêutica jurídica*. 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26).

¹²⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. cit., pp. 358-359.

Por essa razão, a transação não comporta a utilização da analogia como método interpretativo adequado. A dilação da analogia não revela conformidade com a interpretação restritiva típica da avença transacional.

Em suma, como a transação tem a finalidade de prevenir ou terminar um litígio, não pode ser objeto de interpretação extensiva aquelas cláusulas, direitos ou coisas que não façam parte da respectiva controvérsia.¹³⁰

Com relação à evicção, esta não desfaz transação aperfeiçoada.¹³¹ Caso uma das condições da transação corresponda à entrega de coisa, incidindo sobre esta a evicção, aquela coisa se perderá para a parte transatora que a recebeu, dando a este direito de apurar perdas e danos, por meio de ação indenizatória, em face do outro transator.¹³²

Nota-se que na transação há um risco, portanto. Aquele que recebe por força de concessões recíprocas um determinado bem, e o perde, por obra de sentença, somente poderá pleitear perdas e danos. Não se cogita, nesses termos, à repristinação ou renascimento da obrigação que deu causa à transação.

O negócio jurídico transação igualmente não exclui a previsão de cláusula penal, relativa ao seu eventual descumprimento pelas partes transadoras.

Melhor dizendo, é lícito incluir uma regra prevendo imposição de sanção pecuniária pela infringência dos termos da transação, um método de coerção de significativa importância psicológica para a fiel execução da avença. Nesse caso, afigura-se válida também a estipulação de garantia real ou fidejussória.

1.4 Espécies

De acordo com o Direito material, a transação poderá ser concretizada por meio de escritura pública ou instrumento particular escrito. No caso de processo pendente, pode ser realizada por meio de termo nos respectivos autos.

¹³⁰ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 68.

¹³¹ NCC. art. 845. “Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.”

¹³² Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 447.

Configuram-se, portanto, três distintos meios jurídicos, mas, sem exceção, dependentes de sentença judicial homologatória do acordo.¹³³

O conflito objeto da transação poderá estar em juízo ou fora dele. Com isso, classifica-se o negócio jurídico transacional em judicial ou extrajudicial, conforme a seguir exposto.

O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente do termo, valendo a sentença como título executivo judicial.¹³⁴

¹³³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 512.

¹³⁴ Verifica-se, no entanto, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ em sentido contrário e inovador: PROCESSO CIVIL. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. LEI 9.099/95. ART. 57. IMPOSSIBILIDADE. 1. É imprescindível preservar o escopo da Lei 9.099/95, criada para facilitação de acesso ao Poder Judiciário pelos titulares de direitos relacionados a lides de menor complexidade, com procedimento simplificado e julgamento célere, desafogando-se, com isso, os Tribunais em causas de procedimento ordinário ou sumário. 2. O art. 57 da Lei 9.099/95 tem, em princípio, eficácia transcendente à Lei dos Juizados Especiais. Essa norma, contudo, teria o papel de regular provisoriamente a matéria, até que ela encontrasse regulação específica nos diplomas adequados, a saber, o Código de Processo Civil e o Código Civil. 3. O CPC, nas sucessivas reformas ocorridas desde meados dos anos 90, vem tendo alterada a redação de seu art. 584, III, de modo a contemplar, com maior ou menor extensão, a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais. 4. Na última alteração a que se sujeitou o código, contudo, incluiu-se o art. 475-N, que em lugar de atribuir eficácia de título executivo judicial à sentença que homologue acordo que verse sobre matéria não posta em juízo, passou a falar em transações que incluam matéria não posta em juízo. 5. Uma transação que incluía matéria não posta em juízo está claramente a exigir que a transação, para ser homologável, tem de se referir a uma lide previamente existente, ainda que tenha conteúdo mais amplo que o dessa lide posta. Assim, a transação para ser homologada teria de ser levada a efeito em uma ação já ajuizada. 6. É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial. 7. A evolução geral do direito, num panorama mundial, caminha nesse sentido. Tanto que há, hoje, na Europa, hipóteses em que ações judiciais somente podem ser ajuizadas depois de já terem as partes submetido sua pretensão a uma Câmara Extrajudicial de Mediação, como corre, por exemplo, na Itália, a partir da promulgação do Decreto Legislativo nº 28/2010. 8. Ao homologar acordos extrajudiciais, o Poder Judiciário promove meramente um juízo de delibação sobre a causa. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial seria algo utópico e pouco conveniente. Atribuir eficácia de coisa julgada a tal atividade implicaria conferir um definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero cartório, função para a qual ele não foi concebido. 9. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1184151/MS, Relator Ministro Massami Uyeda, Relatora para o Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 09/02/2012).

Tem igualmente equivalência com os títulos executivos judiciais, a sentença homologatória de transação, de conciliação¹³⁵ ou resultante de arbitragem voluntária, meios tipicamente de autocomposição.

Somente tem-se título judicial na hipótese da transação ser homologada em juízo. Sem observância desse requisito não existe título passível de execução forçada.

Em qualquer dessas três situações acima descritas, exige-se, de rigor, a homologação judicial. Como há necessidade desse ato homologatório em juízo, qualifica-se, também, essa transação como sendo judicial.

A homologação corresponde à decisão por meio da qual o juiz confirma ou aprova um ato processual realizado ou uma convenção particular, com a finalidade de lhe atribuir força obrigatória por meio dos efeitos legais que produz.¹³⁶

Como ensina Pontes de Miranda, a uma escala de profundidade da análise do juiz no ato da homologação. Escreve que a homologação pode ser simples julgamento, que somente avalia sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma; ou sobre estarem satisfeitos os pressupostos de fundo e de forma; ainda, ou sobre simples autenticidade.¹³⁷

Ou seja, pode-se dizer que existem homologações integrativas da forma, ou tão somente verificativas, ou, ainda, aquelas que são integrativas de fundo. A escala leva em conta num extremo os requisitos exteriores, e, noutro, chega-se ao exame dos pressupostos de fundo.

¹³⁵ Eis, para os objetivos do presente trabalho científico, o conceito jurídico de conciliação fornecido por Ana Farides da Silva: “Ato ou efeito de conciliar. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. O termo de conciliação assinado pelas partes e homologado pelo juiz terá valor de sentença. A intimação às partes, para tentativa de conciliação, em audiência, poderá ser feita na pessoa dos respectivos procuradores. A ausência da parte na audiência, poderá ser feita na pessoa dos respectivos procuradores. A ausência da parte na audiência em que o juiz deve tentar a conciliação há de ser tomada como recusa a qualquer acordo.” (*Vocabulário forense da transação*. Bauru: Edipro, 1995, p. 63).

¹³⁶ Acerca da sentença homologatória de transação, afiguram-se relevantes os comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Por meio dela o juiz não profere condenação, mas simplesmente homologa transação ou conciliação.” (*Código civil comentado*. 8. ed., São Paulo: RT, 2011, pp. 758-759).

¹³⁷ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 259.

A transação dá origem a um título executivo judicial, que substitui, se for o caso, o título extrajudicial já anteriormente ajuizado.

A execução da sentença homologatória deve ser realizada nos próprios autos processuais. Esta coloca fim ao processo de conhecimento, salvo quando efetuada em processo de execução ou assemelhado.

Caso a transação extravase os limites contidos na ação, sua execução deve ser objeto de processo autônomo. E, também, a transação que estiver sujeita à condição não cumprida é ineficaz, podendo, com base em prova inequívoca do descumprimento, prosseguir-se com a execução.

Já no tocante à denominada transação extintiva ou terminativa, configura-se a presença de um litígio concreto, real, em que, quer por meio de termo em autos do processo, ou através de escritura pública naquelas situações que a lei assim prescreva, sendo as demais passíveis de acordo por meio de instrumento particular.

A transação judicial, por seu turno, pressupõem a existência ou uma potencial lide – a lide que pode vir a surgir, esta qualificada como conflito jurídico. Seu instrumento, por excelência, corresponde ao processo judicial, enquanto lide propriamente dita.¹³⁸

O processo deve ser aqui entendido como uma relação jurídica trilateral, dinâmica, constantemente animada por um procedimento previsto na lei.

Deve o processo, então, ser compreendido como uma relação triádica, regida pelo princípio da instrumentalidade, que tem por objetivo a produção de normas individuais e concretas, resolvendo conflitos de interesses havidos no âmbito material.¹³⁹

Entre as partes a transação reputa-se válida e eficaz desde o momento de sua celebração formal, mediante subscrição do respectivo termo, em juízo ou fora dele.

Relevante, nesse ponto, a anotação de Cândido Rangel Dinamarco segundo a qual perde “a razão de ser o exercício jurisdicional e da formulação de um juízo de

¹³⁸“Prima ed ovvia ipotesi di lite già sorta si ha quando un proceso sia pendente fra le parti.” (ARIOLA, Luca; FRISANI, Dalila. cit., p. 24).

¹³⁹Cf. PRIA, Rodrigo Dalla. *O direito ao processo*. In: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). *Processo tributário analítico*. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 1.

mérito pelo juiz, quando as partes se compõem por si próprias e, por esse modo, elas mesmas estabelecem a fórmula que regerá o conflito posto em juízo.”¹⁴⁰

A futura publicação da sentença atribuirá efeitos unicamente extrínsecos, extinguindo, juntamente com o conflito, seu respectivo instrumento ordinário de solução, qual seja: o processo judicial.

Com efeito, a homologação da transação judicial opera efeitos meramente extrínsecos, de chancela oficial, visando à extinção do respectivo processo.¹⁴¹

Essa extinção do processo deve ser considerada como um efeito processual secundário, ou externo, que a lei atribui à transação enquanto negócio jurídico substancial. Esse efeito secundário não depende, *per se*, da vontade das partes transigentes. Não depende de pedido específico nos autos, bastando que o ato autocompositivo tenha ocorrido, sendo documentado nos mesmos para que, requerida ou de ofício, seja pronunciada a sentença homologatória.¹⁴²

Caso presentes algumas das hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico da transação, em função de alguma das hipóteses que seja estabelecida pelo Direito material, será também anulada a sentença homologatória.

Tal como abordado por Pontes de Miranda, tal consequência se verifica “porque a eficácia anulatória, *por dentro* do ato jurídico global (homologação e negócio jurídico homologado), cinde (rescinde) o ato jurídico envolvente.”¹⁴³

Em suma, o Direito material, interior, fornece a causa de anulação; e o direito processual, exterior, acolheu essa anulabilidade.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro vigente, verifica-se a presença de uma disciplina específica para a transação judicial e suas características em relação ao processo.

Eis algumas dessas características, conforme segue explicitado.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 263.

¹⁴¹ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 445.

¹⁴² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. cit., p. 264.

¹⁴³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 153.

A primeira peculiaridade a se destacar diz respeito ao disposto pelo artigo 125, IV, do Código de Processo Civil – CPC¹⁴⁴, direcionando o juiz a, em qualquer momento processual, promover a conciliação das partes.

No artigo 269, III, do CPC¹⁴⁵, a transação vem elencada dentre as hipóteses legais de extinção do processo com julgamento de seu mérito. O mérito implica em homologar a transação entre as partes, extinguindo o conflito inicialmente configurado, mediante concessões recíprocas, declarando ou reconhecendo direitos.

Contra a sentença homologatória da transação é cabível recurso de apelação, de acordo com o artigo 513 do CPC¹⁴⁶; da decisão que a denega, será cabível o recurso de agravo de instrumento, prescrito pelo artigo 522 do mesmo diploma processual.¹⁴⁷

De acordo com o artigo 475-N, III do CPC¹⁴⁸, e já antecipado acima, a sentença homologatória de transação, ainda que não inclua matéria posta em juízo, se considera título executivo judicial, ou seja, não depende de prévio e moroso reconhecimento dessa qualidade por meio de ação de conhecimento.

Por conseguinte, conforme já salientado, somente se considera título judicial a transação homologada previamente em juízo. De modo que, até por uma questão de lógica processual, a sua execução deve ser realizada nos próprios autos do processo em que proferida essa sentença de homologação.

¹⁴⁴ CPC, art. 125: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

¹⁴⁵ CPC, art. 269: “Haverá resolução de mérito: (...) III - quando as partes transigirem”.

¹⁴⁶ CPC, art. 513: “Da sentença caberá apelação”.

¹⁴⁷ CPC, art. 522: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

¹⁴⁸ CPC, art. 475-N: “São títulos executivos judiciais: (...) III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”. Muito embora o assunto seja tratado mais adiante, válida a referência, desde logo à observação de Ricardo Cunha Chimenti, ao dizer: “O art. 475-N, III, do CPC, dispositivo que entendo aplicável ao Juizado da Fazenda Pública, estabelece que a sentença homologatória de conciliação ou de transação caracteriza título executivo judicial, ainda que verse matéria não posta em juízo. Ou seja, o acordo pode abranger matéria diversa daquela posta anteriormente em juízo, desde que respeitada a competência do Juizado.” (*Juizados especiais da fazenda publica: lei n. 12.153/2009 comentada artigo por artigo*. p. 83).

Como toda decisão judicial transitada em julgado, exceto aquelas que a lei vier a excluir dessa categoria, as sentenças homologatórias são passíveis de ação rescisória, ou seja, de nova ação judicial que tenha por objetivo desconstituir a decisão anterior.

Há disposição expressa no CPC, no artigo 485, VIII¹⁴⁹, reconhecendo a possibilidade da sentença de mérito, transitada em julgado, poder ser rescindida quando houver fundamento suficiente para que seja invalidada a transação, na qual referida sentença amparou-se. No entanto, vale ressaltar, não se trata de possibilidade de rescisão de toda e qualquer sentença homologatória de transação.

Com efeito, existem decisões homologatórias de transação que são objeto de revogação não por meio da ação de natureza rescisória. Esses acordos são equivalentes aos atos judiciais e podem, assim, ser rescindidos mediante ação de conhecimento, de natureza anulatória, que tem por base o disposto no artigo 486 do CPC.¹⁵⁰

A transação homologada judicialmente poderá eventualmente ser rescindida como os demais atos jurídicos em geral, ou seja, sem que seja cabível a ação rescisória para tanto. Nesse caso, a ação cabível é de natureza declaratória negativa, também denominada ação anulatória e que vem fulcrada no artigo 486 do CPC.

Nem se diga haver incompatibilidade entre os artigos 485, VIII, e 486, ambos do CPC. No caso da sentença por meio da qual se homologou a transação ter abrangido aspectos do mérito da controvérsia, declarando e reconhecendo direitos, além da primordial extinção do conflito, será esta passível de desconstituição mediante ação rescisória.

Por outro lado, na hipótese, em que a validade da sentença homologatória se questiona unicamente em face de desatendimento de aspectos formais, por exemplo, incapacidade de uma das partes transigentes, sem adentrar, portanto, ao

¹⁴⁹ CPC, art. 485, VIII: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”.

¹⁵⁰ CPC, art. 486: “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

mérito da controvérsia transigida, a ação cabível será aquela de natureza anulatória, na forma prescrita pelo já citado artigo 486 do CPC. Isso porque se trata, ausente o mérito da sentença homologatória, de mera anulação de ato jurídico inválido e não um negócio jurídico propriamente dito.

Vale dizer, quando a sentença homologatória não contempla Direito material, com a finalidade processual unicamente do ato de homologação, não enseja ação rescisória, desfazendo-se a transação por conta dos defeitos dos atos jurídicos em geral.¹⁵¹

¹⁵¹ Veja-se a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ: PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCABIMENTO. RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NS. 7, 211 E 83/STJ, IN CASU. I - A União insiste na tese de que houve ato jurisdicional que deu ensejo à coisa julgada, na hipótese, motivo a reforçar o cabimento da ação rescisória que ajuizou. Todavia, o delineamento fático-probatório constante do acórdão recorrido diverge do que afirma. Dele consta expressamente estar-se diante de decisão meramente homologatória e que, além do mais, o artigo 485, inc. VIII, do Código de Processo Civil não havia sido invocado anteriormente, no âmbito da rescisória, mas somente em sede de embargos de declaração (...) III - Ademais, a se considerarem os fatos, da forma em que apresentados no acórdão hostilizado, é de se aplicar a jurisprudência desta colenda Corte, segundo a qual "o avençado pelas partes em acordo judicial, homologado pelo juiz sem nenhum conteúdo decisório é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC." (STJ, AgRg no REsp 909.075/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, j. em 10/04/2007, DJ 03/05/2007, p. 232). DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRANSAÇÃO HOMOLOGADA. DESCONSTITUIÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. CPC, ART. 486. I. É cabível a ação do art. 486 do Código de Processo Civil quando a parte, alegando vícios que invalidariam os atos jurídicos em geral, procura desconstituir o próprio ato homologado, não a sentença homologatória. No caso concreto, a sentença é simplesmente homologatória de transação, não a prevista no art. 485, VIII, do CPC, que regula a desconstituição de decisão cujas conclusões se baseiam em transação. (STJ, REsp 151.870/SP, Rel. Ministro Antonio de Padua Ribeiro, 3ª Turma, j. em 19/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 287). PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO POPULAR ANULATÓRIA DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A ANUÊNCIA DO PARQUET. COISA JULGADA MATERIAL. INOCORRÊNCIA. CRIVO JURISDICIONAL ADSTRITO ÀS FORMALIDADES DA TRANSAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA DO ART. 486, DO CPC. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 485, DO CPC. (...) 2. A ação anulatória, prevista no art. 486, do CPC, tem por finalidade desconstituir o ato processual, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da ação rescisória, do art. 485, do CPC, é a sentença transitada em julgado, que faz coisa julgada material. O efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no *judicium rescisorium*. 3. A ação rescisória somente é cabível quando houver sentença de mérito propriamente dita, que é aquela em que o magistrado põe fim ao processo analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes e concluindo-a com um ato de inteligência e soberania. 4. A sentença que homologa a transação fundamentando-se no conteúdo da avença, é desconstituível por meio de ação rescisória fulcrada no art. 485, VIII, do CPC. 5. Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita aos aspectos formais da transação, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto ausente requisito primordial da rescindibilidade do julgado. Nestes casos, a desconstituição da transação, pelos defeitos dos atos jurídicos em geral, se faz por meio de ação anulatória, fulcrada no art. 486, do CPC. 6. Acordo extrajudicial homologado por sentença, em sede de ação civil pública, com a concordância

Em última análise, o acordo entre as partes transigentes, homologado sem qualquer fundamento no mérito da demanda, deve ser desconstituído como os atos jurídicos em geral, conforme prescrito pelo artigo 486 do CPC. Do contrário, cabível a ação rescisória, na forma da fundamentação apresentada.

1.5 Efeitos

Os efeitos da transação geram discussões doutrinárias suficientes para que se divida em três distintas correntes de entendimento a esse respeito.

Uma primeira corrente, a chamada teoria clássica, que sustenta efeitos unicamente declaratórios e recognitivos à transação.¹⁵²

Não há, segundo essa teoria, a transação de absolutamente nenhum direito, ou mesmo da coisa litigiosa, objeto da transação. Não se faz presente a figura da prescrição aquisitiva, pois, de acordo essa teoria clássica a transação não corresponde a negócio jurídico translativo.

De acordo com Carlos Alberto Dabus Maluf, para “a teoria clássica é declaratório o efeito da transação, pois não tem aquele senão o objetivo de dar certeza a um direito precedentemente duvidoso.”¹⁵³

Em outras palavras, os direitos que antes duvidosos passa a ser considerados certos, na medida da vontade declarada pelas partes na transação, preexistem ao contrato transacional. Ou seja, a transação somente declara o direito preexistente.¹⁵⁴

expressa do órgão ministerial, e lesivo aos interesses da administração pública, é passível de anulação, *in abstracto*, na forma do art. 486, do CPC, sob os fundamentos que autorizam a ação popular. 7. *In casu*, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do *Parquet* e do juízo. Propriedade da ação, *in genere*, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório. (REsp 450.431/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 18/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 185).

¹⁵² “Assim, por influência de Dumoulin, Bertrand d’Argentre e Pothier, firmou-se na doutrina francesa a tese do caráter declaratório da transação. E para provar essa assertiva e só verificar as lições de Aubry e Rau, Colin e Capitant e Planiol e Ripert.” (Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 75).

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ “Os direitos que, mercê de sua ação, se tornam de duvidosos certos, preexistem ao contrato transacional, não passam aos transatores; mas estes continuam a tê-los pelo título primitivo com que os disputavam. As partes, juízes de sua própria contenda, consagram unicamente pela transação um estado jurídico correspondente ao que deveria preexistir entre elas se a dúvida

Esse efeito declaratório, porém, deve levar em conta que o objeto da transação tem que ser exclusivamente aquela matéria relacionada à controvérsia.

Ou seja, caso estejam presentes na transação elementos estranhos ao conflito que se esteja transacionando, os efeitos do negócio jurídico não serão exclusivamente declaratórios, mas, também, translativos.

Dessa mesma forma deve-se levar em consideração a sentença homologatória da transação no processo judicial, que deve ficar adstrita aos limites da controvérsia deduzida em juízo, na forma acima já referida.

Relevante registrar que essa foi, na época, a opção legislativa quanto à eficácia adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916, prescrevendo expressamente que, pela transação, “não se transmitem, apenas se declaram direitos”.

A crítica que se faz a essa noção clássica é de que, por ter efeitos unicamente declaratórios, que a transação não revela a real intenção das partes de realizarem concessões recíprocas visando alcançar o acordo celebrado.

Não há como se conceder sem se constituir, outorgar. De igual modo, afigura-se impossível sustentar o entendimento de que, na transação, haveria reconhecimento puro pelas partes, pois ambas cedem visando à eliminação ou prevenção do conflito.

Nas palavras de Pontes de Miranda, qualquer “redução da transação, *a priori*, a negócio jurídico de reconhecimento, seria construção extraordinariamente forçada.”¹⁵⁵

Com efeito, inegável um efeito minimamente recognitivo, menos intenso que a inovação propriamente dita, decorrente da relação jurídica originária, objeto da controvérsia.¹⁵⁶

cegando-as não as impelisse à contenda judiciária. A transação, pois, não pode criar direitos já existentes; o que já não é suscetível de ainda o ser: ela, como a sentença, somente declara o direito preexistente.” (*Ibidem*, p. 78).

¹⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 167.

¹⁵⁶ Nesse sentido, segue a observação de Enrico del Prato: “La transazione è naturalmente destinata ad innovare, non solo in quanto atto di autonomia privata, ma anche, e specialmente, perché rivolta al superamento di una lite a prescindere da ogni ricerca sulla realtà controversa: e l’innovatività risiede nell’attitudine ad innovare, non nell’effettività dell’innovazione, giacché il supporto causale della transazione è la lite, alla quale l’innovazione stessa va riferita. (...) Nella formula più netta, attribuire efficacia dichiarativa alla transazione cosiddetta pura significa negare la

Uma segunda teoria, em clara oposição ao pensamento clássico, é justamente aquela que enxerga a transação como negócio jurídico translativo, atribuindo-lhe essa denominação. A teoria translativa compreende a transação e sua função como sendo um contrato translativo de bens e direitos, a exemplo da compra e venda ou da permuta.

Com base na argumentação pela qual a transação teria tão somente efeitos declaratórios, não sendo cogitável a hipótese de translação de bens e direitos por meio dela, é que essa teoria translativa recebe, igualmente, severas críticas.

Novamente referindo-se à posição adotada por Carlos Alberto Dabus Maluf, na medida em que adere à teoria translativa por “ser da essência da transação a reciprocidade de concessões, possui ela caráter constitutivo ou translativo, por inevitável a modificação a que tais condições conduzem”.¹⁵⁷

Ainda se verifica a existência de uma terceira corrente teórica, denominada teoria neoclássica.¹⁵⁸ De acordo com a mesma, a transação não teria nem mero efeito declaratório, nem, tampouco, efeito translativo.

Sustenta-se, a partir desse entendimento neoclássico, que além do efeito de extinção da controvérsia, ainda que sem trasladar direitos ou bens, o acordo de transação permite, também, o livre exercício desses direitos pelas partes relacionadas.

O exercício desses direitos exige, por meio da transação, não só o seu reconhecimento, mas, também, poder de dispor, alterando-se a relação jurídica preexistente.

Na forma atualmente prescrita em lei, modificando a compreensão extraída do regime legal anterior e, ao mesmo tempo, acolhendo a doutrina majoritária, a transação elimina o conflito e declara ou reconhece direitos.¹⁵⁹

configurabilità di un effetto costitutivo che si meno intenso di quello appieno innovativo (attuato dalla cosiddetta transazione novativa).” (cit., p. 39).

¹⁵⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., pp. 82-83.

¹⁵⁸ “Esta teoria tem como representante mais importante o insigne jurista francês Louis Boyer.” (*Idem*, p. 78).

¹⁵⁹ NCC, art. 843. “A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos”.

Nesse caso, o efeito não seria unicamente declaratório, mas, da mesma forma, recognitivo.¹⁶⁰ Afirma-se isso porque os efeitos da transação estão diretamente relacionados à controvérsia que lhe deu causa, a dúvida ou litígio.¹⁶¹

Em última análise, deve prevalecer, portanto, essa linha de compreensão, pela qual o reconhecimento tem natureza causal, revelando, assim, caráter declaratório e recognitivo da transação.

Ainda, com relação aos efeitos perante terceiros, o princípio da *res inter alios acta*, ou seja, a eficácia da transação opera-se unicamente entre os transatores.¹⁶² Efetivamente, a transação só produz efeitos entre as partes transigentes e à relação de direito que existir entre elas.¹⁶³

Em última análise, os efeitos da transação não poderão atingir aos que não transigiram, não podendo, portanto, ser invocada nem a favor e nem contra terceiros.

Especificamente com relação aos efeitos da sentença de homologação do acordo ou termo de transação, o resultado será aquele que as partes estabeleceram, na medida em que ajustaram seus interesses contrapostos, podendo

¹⁶⁰ Também é essa a orientação de Marinella Scuto: “A mio modesto avviso, il contratto di transazione ha nello stesso tempo natura dichiarativa e costitutiva, più precisamente natura formalmente dichiarativa e sostanzialmente costitutiva. La rinunzia parziale alla contestazione è dichiarativa perché si risolve in un atto ricognitivo del diritto dell’altro contraente, mentre, modificando, in sostanza, la *res litigiosa* originaria, la transazione realizza um negozio costitutivo perché ciascun soggetto attribuisce, in forza della sua dichiarazione di volontà, ‘qualcosa’ al patrimonio dell’altro. Praticamente, com’è stato esattamente rilevato in dottrina, per colui che rinunzia alla propria pretesa, almeno in parte, la transazione ha carattere costitutivo di alienazione, cio che dà ampia ragione alla massima romana ‘qui transigit alienat’, mentre la stessa concessione dal punto di vista dell’altro contraente, a cui vantaggio è fatta e che considera giusta la propria contropotesa, non è altro che riconoscimento del preesistente diritto, dotato perciò di carattere dichiarativo.” (cit. p. 663).

¹⁶¹ Nesse sentido: “L’efficacia dispositiva della transazione fa sì questa innovi il rapporto preesistente. Ciò che varia è la misura di tale innovazione, che può risolversi in una mera modificazione della realtà oggetto di controversia oppure nella sua estinzione e nella costituzione di una situazione nuova, di cui la transazione si pone come fonte esclusiva.” (DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 43-44).

¹⁶² O Código Civil brasileiro reconhece esse princípio, mas com exceções. Com efeito, os §§1º, 2º e 3º, do artigo 849 do NCC, excepcionam os fiadores, os devedores e credores solidários, respectivamente.

¹⁶³ Enrico del Prato salienta a existência desse mesmo princípio perante o Código Civil italiano, com as seguintes considerações: “ In linea generale la transazione, como tutti gli atti di autonomia negoziale, ‘no produce effetto rispetto ai terzi’ (art. 1372 comma 2 c.c.). Se la realtà oggetto di controversia è inscindibilmente riferita a più sfere soggettive, secondo il modello del litisconsorzio necessario, la transazione si perfezionerà della lite consegue l’indivisibilità dell’autoregolamento transattivo.” (cit., p. 49).

ser constituída ou desconstituída uma relação jurídica¹⁶⁴, com significantes reflexos no que refere aos efeitos da coisa julgada.

Nesse caso, a distinção acima efetuada, com relação ao cabimento ou não de ação rescisória, ou ação anulatória, resulta ser o mesmo critério de orientação em relação ao tema.

Com efeito, produz coisa julgada material e formal aquela sentença que homologa transação, adentrando ao seu mérito, declarando o conflito extinto e, ao mesmo tempo ou por decorrência, pouco importa, declarando e reconhecendo direitos acordados.

Então, pode-se concluir que se a sentença homologatória é de direito material, declarando e reconhecendo direitos, além da extinção do conflito, e, portanto, passível de ação rescisória, nos termos do artigo 485, VIII, do CPC, faz coisa julgada formal e material, nos termos do artigo 467 do CPC.¹⁶⁵

Ao passo que, caso meramente homologatória, de cunho estritamente declaratório, sem levar em conta qualquer situação relacionada ao mérito da transação homologada, mas, tão somente, a sua validade formal, a coisa julgada operará efeitos meramente formais, não havendo, portanto, que se cogitar de coisa julgada material.

Nessa hipótese, cabível, conforme já fundamentado acima, o disposto no artigo 486 do CPC.¹⁶⁶

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. cit., p. 269.

¹⁶⁵ CPC, art. 467. “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

¹⁶⁶ Essa conclusão segue o mesmo sentido da lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Essa distinção conduz a outra muito importante, que é a exigência da *ação rescisória* como único meio de impugnar os efeitos do ato judicial homologatório a partir de quando se tornar irrecorrível (art. 485, *caput*), em contraposição à adequação das *vias ordinárias* para a invalidação do negócio jurídico das partes (art. 486). As *vias ordinárias* são representadas por um processo de conhecimento da competência do juízo de primeiro grau de jurisdição, tal como se dá sempre para o pleito de anulação ou declaração de nulidade dos atos negociais em geral. Tal é a *rescisão da transação*, que segundo o art. 849 do Código Civil pode dar-se em virtude do ‘dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa’. Impõe-se a ação rescisória, sempre que a parte não esteja a alegar vícios internos do ato, mas a sustentar que ele não deveria ter sido homologado porque para tanto faltaria algum requisito. Já não se está falando de requisitos internos, vontade livre e conscientemente manifestada *etc.*, mas de pressupostos externos ao ato negocial, em cuja falta o juiz não deveria ter homologado o que homologou. Essa corretíssima distinção está expressa na reiterada jurisprudência dos tribunais brasileiros.” (*Instituições de direito processual civil*, p. 270-271). Em sentido contrário, confira-se: “Quanto à transação, ela é

1.6 Nulidade e anulabilidade

O tópico da nulidade e anulabilidade relaciona-se com o grau de defeituosidade que o negócio jurídico bilateral denominado transação pode alcançar. Negócios jurídicos considerados defeituosos são, por conseguinte, os nulos e os anuláveis.¹⁶⁷

Essa assertiva igualmente vem registrada por Pontes de Miranda, quando escreve que “o negócio jurídico nulo é defeituoso; o negócio jurídico anulável também o é.”¹⁶⁸

Daí decorre que os negócios jurídicos nulos são aqueles que não valem no mundo jurídico, por terem sido criados com vício insanável, invalidando-se por deficiência absoluta. E, ainda, não geram efeitos.

Também entra no sistema jurídico, e com menos debilidade, o suporte fático do negócio jurídico qualificado como anulável.¹⁶⁹

A diferença entre ambas as categorias, no plano da validade, leva em conta a maior ou menor grau de intensidade, no sentido de gravidade, da deficiência identificada no respectivo negócio jurídico. A anulabilidade é menos grave que aquelas situações em que se considera o negócio jurídico nulo em absoluto.

Deve se ter em conta, também, que o nulo recebe tão somente o reconhecimento de invalidade, desprovido de efeitos. O anulável, por sua vez, além de inválido também será ineficaz.

Vale repetir que, para a validade dos negócios jurídicos, o sistema impõe a reunião de certos pressupostos e requisitos, tais como (i) a capacidade do agente, (ii) a licitude do objeto, (iii) a forma prescrita ou não defesa em lei. Se estiverem

ato subordinado a homologação, de modo que a ação rescisória teria de ser a do art. 486, e não a do art. 485. Mas temos de dar solução e explicação, porque essa é a função da doutrina e do método de interpretação das leis. Pode ter sido proposta contra o ato homologado a ação rescisória da homologação, por ser atingida de invalidade a transação; e assim se apagam os dois atos, o das partes e o do juiz, ato transparente. Diante de tal coisa julgada poder-se-ia ir contra a eficácia da transação. O Código de 1973 entendeu que seria o caso para se ir, desde logo, com a ação rescisória do art. 485, abstraindo-se do art. 486, a despeito de ter havido homologação.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários...*, Tomo VI, p. 245).

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. *Introdução...*, p. 480.

¹⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo IV, p. 13.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 29.

reunidas essas três condições intrínsecas, o negócio jurídico será válido; na falta de um ou mais desses elementos, não vale o negócio.¹⁷⁰

Pontes de Miranda, a esse respeito, salienta que: “São causas de *nulidade* e *anulabilidade* da transação as mesmas dos negócios jurídicos bilaterais.”¹⁷¹

No caso, a transação não vale como negócio jurídico se relacionada à situação de natureza ilícita, ou, também, que não corresponda à realidade. Mais especificamente, o negócio jurídico bilateral de transação apenas pode ter como objeto os direitos patrimoniais de Direito Privado, disponíveis, conforme antecipado.

Reitere-se que não se transacionam de modo válido os direitos indisponíveis e extrapatrimoniais (ou não patrimoniais).

Igualmente não será válida, e sim nula, a transação acerca de situação que seja objeto de norma de ordem pública, nos termos antes registrados. Nesse caso estaria configurada não somente ilicitude, mas, em muitos casos, objeto imoral.¹⁷²

Se a transação versar a respeito de litígio já decidido em sentença transitada em julgado, e dela não tiver conhecimento uma das partes transigentes, a mesma será nula.¹⁷³

A nulidade absoluta decorre da circunstância segundo a qual, havendo litígio encerrado por meio de decisão transitada em julgado, e ignorada pelas partes transigentes, não havia o que transigir.¹⁷⁴

O trânsito em julgado certifica a certeza do direito objeto da respectiva decisão judicial que tem essa qualidade. A situação de dúvida ou incerteza, que é pressuposto da transação, não se coaduna, portanto.

Vale a advertência de que não se está dizendo que a coisa julgada impede em definitivo a transação, mas, tão somente, aquela situação em que uma das partes

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. *Introdução...*, p. 480.

¹⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 142.

¹⁷² Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., pp. 447-448.

¹⁷³ “La transazione fatta su lite già decisa con sentenza passata in giudicato è annullabile qualora almeno una delle parti no abbia avuto notizia della *res judicata*: altrimenti, il precedente giudicato non esclude affatto la possibilità della lite.” (SCUTO, Marinella. cit., p. 664).

¹⁷⁴ Cf. DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 108-111. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 146.

transigentes ignore a decisão passada em julgado e seja induzida a transacionar sobre o conteúdo da mesma.¹⁷⁵ A nulidade nessa situação afigura-se inequívoca.

Igualmente será nula a transação que versar sobre suposto direito dos transatores sobre o objetivo, que posteriormente se reconheça que não eram titulares desse direito.¹⁷⁶

A nulidade também se faz presente nas transações celebradas com base em documento posteriormente reconhecido como falso, ocultado, ou, na mesma esteira, relativamente a título nulo.¹⁷⁷

Quando presentes os vícios de consentimento, tais como o (i) erro, (ii) dolo e (iii) coação, configuram-se as causas de anulabilidade da transação.

No que refere ao erro e sua incidência, anulando a transação, Orlando Gomes elenca três hipóteses: “a) numa circunstância que, segundo a transação, se considerava *litigiosa* ou *incerta*; b) numa circunstância que afeta à situação de fato não litigiosa e que os transatores tomaram como verdadeira; c) no conteúdo das declarações que integram a transação.”¹⁷⁸

O erro pode ser de declaração, onde a parte transigente, por desconhecer ou ter falso conhecimento sobre as circunstâncias da controvérsia objeto, termina atuando do modo que não seria o mesmo de sua real vontade. Há uma falsa percepção dos fatos, viciando a declaração da vontade.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 449.

¹⁷⁶ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 443. No mesmo sentido: “De qualquer forma é nula a transação incidente sobre o litígio lá decidido por sentença, quando desta não tinha ciência uma das partes ou quando se verifica posteriormente, por descoberta de documento novo, que nenhum deles teria direitos sobre o objeto da transação.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. cit., p. 361). O ordenamento jurídico brasileiro traz essa regra no artigo 850 do Código Civil: “É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação.”

¹⁷⁷ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 443. DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 105-107.

¹⁷⁸ *Idem*. Também, no mesmo sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 143-144 e 155-156. DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 91-103.

¹⁷⁹ “Quanto ao erro sobre a coisa controversa, se a situação de fato – que, dado o conteúdo do contrato, as partes consideravam como base firme da transação – não for conforme a realidade, a transação é anulável, se é razoável supor que, se o transator tivesse conhecimento da situação real, não teria necessidade de realizar a transação, pois inexistente a incerteza ou a divergência.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 450).

Também se vislumbra o erro sobre o conteúdo dessa declaração, ou seja, aquele erro que leva em conta os elementos essenciais, substanciais, do objeto da declaração.¹⁸⁰

Ou seja, o erro pode ser resultante do conjunto dos elementos materiais do objeto da transação, de cunho objetivo; ou, também, das qualidades dependentes da intenção dos interessados, num viés subjetivo.¹⁸¹

Anote-se que o erro de direito, ao contrário do erro de fato, não enseja anulação da transação, eis que equivale à motivação, que o sistema jurídico não qualifica como sendo hipótese de anulabilidade.¹⁸²

Assim como os demais negócios jurídicos, a transação, além das situações acima apresentadas, também se qualifica como anulável sempre e quando verificada a presença do dolo e da coação, enquanto vícios de consentimento. Anulável, pois, aquela transação em que configurada uma provocação intencional de um erro, por meio doloso.¹⁸³

A transação reputa-se anulável sempre e quando o dolo for essencial, ou seja, quando equivaler à sua causa eficiente.¹⁸⁴ Esse dolo pode ser positivo ou negativo, ou seja, por comissão ou omissão, jamais, porém, podendo ser presumido.

¹⁸⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 98. Paulo Luiz Netto Lôbo faz a seguinte sistematização da anulabilidade da transação por erro, como regra geral: “Os atos jurídicos em geral são anuláveis por erro que: a) interesse à natureza do ato; b) interesse ao objeto principal da declaração; c) se relacione a algumas qualidades essenciais do objeto; d) à pessoa com quem se trata ou de quem se trata, ou suas qualidades essenciais. Mas a transação apenas pode ser anulada por erro quanto à pessoa ou suas qualidades essenciais (d) e quanto à identidade da coisa controversa ou litigiosa.” (cit., p. 449).

¹⁸¹ Tanto que o artigo 849 do Código Civil menciona expressamente “... erro quanto à pessoa ou coisa controversa.”

¹⁸² Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. cit., p. 450. Segundo Orlando Gomes: “O *erro de direito* sobre os pontos que provocaram a divergência entre os interessados não deve ser considerado causa de anulabilidade do contrato de transação. Não se anula senão por erro de fato, quanto à pessoa ou coisa controversa.” (*Contratos*, p. 444). Também nesse sentido, Marinella Scuto: “Il contratto di transazione non può essere annullato per errore di diritto, giacché quasi sempre le parti – estranee allo studio del diritto – transigono, essendo incerta la risoluzione di una questione di diritto inerente all’esistenza o all’applicazione di una norma giuridica.” (cit., p. 664).

¹⁸³ Cf. GOMES, Orlando. *Introdução...*, p. 435. DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 112-116.

¹⁸⁴ Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., p. 108.

Deve-se, portanto, haver reconhecimento expresso por meio de uma demanda judicial específica para que o dolo na transação seja confirmado e certificado de modo suficiente às consequências legalmente previstas.

Por fim, válido chamar novamente a atenção ao fato de que, por ser indivisível a transação, a nulidade de uma de suas cláusulas ou condições nulificará o negócio jurídico por completo, sendo toda ela, portanto, inválida.¹⁸⁵

O mesmo tratamento se aplica à transação sob coação, ou seja, sob situação de ameaça que perturbe o legítimo processo de formação da vontade da parte transigente.¹⁸⁶

No entanto, adverte Orlando Gomes que não se trata de uma ameaça qualquer, sendo imprescindível que a mesma se qualifique como “a causa determinante da realização do negócio”¹⁸⁷, influenciando mediante modificação de seu verdadeiro sentido.

Assim, para os propósitos da presente investigação, mormente no que refere aos principais aspectos do regime jurídico da transação no âmbito do Direito Privado, encontram-se suficientemente analisados na forma acima explicitada.

Como já dito anteriormente, os pressupostos gerais, tais como a dúvida e incerteza em relação a uma determinada situação controversa, o temor que esta gera nas partes, assim como o conflito instalado ou potencial associado à vontade inequívoca dos interessados para transigir a esse respeito, encerrando-se definitivamente a contraposição de interesses por meio de concessões mútuas, são todos elementos que se transportam para a esfera do Direito Público, em especial do Direito Administrativo e Tributário.

De modo que, dito e justificado, assim como apresentados os principais aspectos relacionados à validade jurídica da transação perante o Direito Privado, enquanto negócio jurídico bilateral destinado a extinguir ou prevenir conflitos entre particulares, mediante concessões recíprocas, e a relação-de-pertinência de suas normas ao sistema jurídico, cumpre prosseguir no aprofundamento da análise do instituto transacional.

¹⁸⁵ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 444.

¹⁸⁶ Cf. DEL PRATO, Enrico. cit., pp. 119-120. MALUF, Carlos Alberto Dabus. cit., pp. 109-117.

¹⁸⁷ GOMES, Orlando. *Introdução...*, p. 438.

Agora, porém, no âmbito do Direito Público, mais especificamente da disciplina jurídica aplicável ao Estado e à própria Administração Pública, quando parte relacionada e também nas questões de interesse geral.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Segundo Onofre Alves Batista Júnior, a análise do consenso no âmbito da administração pública exige a compreensão do Direito Civil, nos seguintes termos: “O Direito Administrativo não se estrutura em meras derrogações ao direito comum, além do que suas normas não são radicalmente diferentes das do Direito Privado. Diversas normas de direito civil consideram-se comuns a todo o ordenamento jurídico, aplicando-se simultaneamente à vida administrativa e à vida privada. O Direito Administrativo não é um conjunto de exceções, um conjunto de normas exorbitantes em relação ao Direito Privado, mas um direito privativo da Administração Pública enquanto age nessa qualidade, podendo as soluções concretas ser ou não diferentes das do Direito Privado.” (JÚNIOR, Onofre Alves Batista. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 280).

CAPÍTULO 2 – Consensualidade e interesse público

2.1 O Perfil do Estado e a participação dos particulares nos afazeres públicos

Neste Capítulo parte-se da premissa de que a mudança do perfil do Estado implica na alteração do grau de colaboração e do papel a ser desempenhado pelos indivíduos na atividade estatal. Essa nova perspectiva traz implicações no campo do Direito.¹⁸⁹

A delegação de incumbências públicas aos particulares, dentre as quais a privatização da Justiça por conta da utilização em maior escala dos métodos de autocomposição de conflitos, a exemplo da arbitragem, revela uma dessas implicações no âmbito jurídico.

Merece, assim, ser destacado e analisado, sob esse ponto de vista, o dado da realidade que demonstra um maior grau de colaboração entre particulares e Poder Público na realização de fins públicos, concretizado por uma Administração Pública que se utiliza de formas consensuais em substituição às decisões unilaterais típicas do ato administrativo, em nítido caráter participativo.¹⁹⁰

Essa relação entre indivíduos e o Estado, na realização de tarefas públicas, sempre variou de acordo com o perfil estatal, em face de seu processo histórico-evolutivo.

A evolução do Estado, e do próprio Direito Administrativo, em suas diversas etapas, influiu no papel que os particulares deveriam desempenhar para fins de consecução do interesse público.

Necessário, pois, que se pontifiquem momentos determinantes desse processo de evolução estatal, para que, ao final, possa se compreender o sentido da democracia participativa, no ápice do seu ciclo evolutivo.

A participação popular, associada aos demais direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição Federal, é que servirá de vetor constitucional para a

¹⁸⁹ SILVA, Almiro do Couto e. cit., p. 74.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 75.

adoção de um regime jurídico de soluções consensuais de controvérsias, mormente aquelas envolvendo o Poder Público.

Na Antiguidade, prevalecia a força bruta do tirano de um lado, e, de outro, o poder ilimitado do Direito consuetudinário, embasado na vontade do corpo social e cifrado na ética teológica da *polis* grega ou no zelo sagrado da coisa pública (*res publica*) romana.¹⁹¹

Na Roma antiga, especificamente, a delegação de tarefas públicas aos particulares foi resultado da circunstância do Estado, denominação esta que os próprios romanos desconheciam, não ter acompanhado o crescimento das relações comerciais e expansão do poder político.

Posteriormente essa situação praticamente desaparece, dando espaço a uma figura estatal fortalecida, e que se torna burocratizada e complexa.¹⁹²

Conclui-se, nesse aspecto específico, que o sistema político romano contribuiu para o desenvolvimento das leis e para a distinção entre as esferas privada e pública.

Na Idade Média cristã, posterior ao colapso do Império Romano, desaparece a fórmula de governo conhecida dos antigos. O poder político se fragmenta por completo, migrando do estado imperial para os chamados feudos descentralizados cujo papel político, jurídico e militar corresponde à organização da produção econômica.

A história do desenvolvimento do Estado moderno especificamente no Ocidente normalmente começa com a dissolução do Império Romano.

A concepção de Estado, por assim dizer, desaparece praticamente por completo nesse período. O Direito, no caso, fica reduzido quase que exclusivamente ao Direito Privado.

Após o término da Idade Média e início da segunda revolução, no século XVIII, o Estado Moderno já manifestava de modo inconfundível traços do conceito de soberania.¹⁹³

¹⁹¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. "Do absolutismo ao constitucionalismo." *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 5. Curitiba: Abdconst, 2004, p. 556.

¹⁹² Cf. SILVA, Almiro do Couto e. cit., p. 85.

Com o Estado Moderno do Absolutismo esse conceito de soberania passa pela monarquia absoluta, onde o Estado é identificado com o dirigente político, transformando a lei na vontade do soberano.¹⁹⁴ Este, no caso, correspondia ao um monarca, formalmente o chefe de uma hierarquia de soberanos.

Prevaleciam para a segurança dos indivíduos tão somente as regras de Direito Privado, unicamente oriundas da vontade do príncipe. O Estado da soberania correspondia ao Estado do soberano. A prevalência do Direito Privado permanecia praticamente a mesma nesse período.

A ascensão do Estado Moderno, como um Poder Público que constituía a supremacia política na Europa Ocidental, está associada ao gradual desenvolvimento institucional que começa no final do século XV, culminando com a ascensão do Absolutismo.¹⁹⁵

A formalização das lutas sobre excesso de tributação, travadas entre o monarca e outros elementos da sociedade, especialmente a nobreza e as cidades, deram origem aos parlamentos em que grupos sociais negociam com o rei sobre questões jurídicas e econômicas. Esses parlamentos impunham limites à vontade do rei, que nessas negociações dificultavam e, muitas vezes, impediam que essa adquirisse a natureza de norma legal.

Paulo Bonavides qualifica esse capítulo da evolução estatal como sendo “da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz a lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação,

¹⁹³ Cf. BONAVIDES, Paulo. cit., p. 556.

¹⁹⁴ Cf. SILVA, Almiro do Couto e. cit., p. 85.

¹⁹⁵ Nesse ponto, relevantes alguns registros de índole histórica em relação ao Absolutismo. Em 1469, a Espanha conheceu a unificação política com o casamento da rainha Isabel de Castela com o rei Fernando de Aragão. Unificado, o reino espanhol reuniu forças para completar a expulsão dos mouros e, com a ajuda da burguesia, lançar-se às grandes navegações marítimas. Na França, o longo processo de centralização do poder monárquico atingiu seu ponto culminante com o rei Luís XIV, conhecido como "Rei Sol", que reinou entre 1643 e 1715. Ao contrário de seus antecessores, recusou a figura de um "primeiro-ministro", reduziu a influência dos parlamentos regionais e jamais convocou os Estados Gerais. Na Inglaterra, o absolutismo teve início em 1509 com Henrique VIII, que apoiado pela burguesia, ampliou os poderes monárquicos, diminuindo os do parlamento. No reinado da Rainha Elisabeth I, o absolutismo monárquico foi fortalecido, tendo iniciado a expansão marítima inglesa, com a colonização da América do Norte.

que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído.”¹⁹⁶

Verifica-se, assim, o exercício de um controle sobre a vontade do monarca, com nítida ascensão política da burguesia enquanto classe emergente e dominante, até o momento em que o absolutismo deixou de atender aos anseios dessa classe dominante, superando o modelo feudal e sua monarquia absoluta, contribuindo com a afirmação do princípio da soberania da lei.

A burguesia assumiu, assim, papel determinante na transição do Estado absoluto ao Estado constitucional. Com o processo revolucionário do século XVIII, e o anseio de liberdade da classe burguesa, nasce o poder do povo e da nação, firmando-se, a partir de então, o Constitucionalismo em substituição ao Absolutismo.

Ocorridas as duas Grandes Revoluções da segunda metade do século XVIII, a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa, a ordem jurídica então vigente, que regulava de modo muito disperso a atuação dos governantes, passou a submeter estes aos mandamentos da lei.

A partir de então impera o poder da lei e não mais o poder das pessoas, nota característica do Estado de Direito ou Estado Constitucional.

Num primeiro momento a aceção de Estado de Direito é relacionada à noção de Estado Liberal, no qual o poder político é limitado e a liberdade preservada, com fundamento no princípio da separação de Poderes, garantindo os direitos políticos e civis. A razão é que essa submissão dos governantes aos ditames legais da época foi resultante do reconhecimento de direitos dos cidadãos.

A partir de então, prevalece a existência de normas especiais para regular a atividade da Administração Pública, transformando-se os poderes absolutos do monarca em poderes do Estado disciplinados pela lei.

Mas foi somente a partir do início do século XIX que a cooperação entre indivíduos e Estado começou a ser construída, mediante a utilização do contrato como instrumento formalizador das relações jurídicas entre ambos, mesmo que o objeto da avença fosse de natureza pública.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. cit., p. 562.

¹⁹⁷ Cf. SILVA, Almiro do Couto e. cit. p. 87.

Nesse aspecto importante ressaltar-se que, relativamente ao contrato como viabilizador do estreitamento das relações jurídicas entre Estado e particulares, prevalece a noção de não ter existido, a partir daquele período, qualquer outro instrumento jurídico tão importante quanto aquele de índole contratual, especialmente no que diz respeito à realização de fins relacionados ao interesse público.¹⁹⁸

Com efeito, enquanto padrão essencial de regulação da sociedade, a partir da perspectiva liberal, o contrato se qualifica, ao mesmo tempo, como expressão e instrumento para exercício da autonomia privada, onde as partes conformam direitos e deveres.

Trata-se, pois, de um padrão de relacionamento entre Estado e particular que se encontra em contraposição ao padrão da administração unilateral, onde, o particular se limita a receber ordens do Poder Público.

Importante assinalar, nesse quadro evolutivo, que no período do Estado Liberal não havia recursos suficientes para que se realizassem obras públicas de grande vulto, tendo os particulares, por meio de contratos administrativos, participado mais intensamente no desempenho de tarefas tipicamente de finalidade pública.

Referido ciclo, porém, perdurou até a eclosão da Primeira Guerra Mundial, onde, em termos de negócios jurídicos, passou-se a conviver com um quadro de instabilidade econômica, que culminou na Grande Depressão econômica vivida a partir de 1929.

Por conta desse quadro, o Estado passou a valer-se de prerrogativas e cláusulas exorbitantes nesses instrumentos contratuais, redimensionando o equilíbrio que até então vinha sendo a tônica do Estado Liberal.

Nesse período, segundo registra Reinhold Zippelius, “fracassou a idéia otimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ *Idem*, p. 90.

¹⁹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 379.

No final do século XIX e, também, no início do século seguinte, surgem os direitos fundamentais enquanto principal característica do Estado Social ou, também, denominado Estado Constitucional dos direitos fundamentais.

Nessa concepção procura-se manter a característica liberal, de garantir a cada um o máximo de desenvolvimento individual, e, ao mesmo tempo, manter a regulação estatal quanto a essa tendência liberatória, para que a liberdade de uns não interfira na liberdade dos demais.

Tem-se, portanto, um grau mais acentuado de intervenção no plano econômico e social.

Verifica-se uma substancial ampliação de afazeres públicos, sobretudo se consideradas as necessárias prestações positivas no quadro de benefícios, a fim de satisfazerem de modo adequado as principais necessidades públicas.²⁰⁰

Deve se levar em conta o surgimento dos denominados direitos sociais, como, por exemplo, aqueles relacionados com o atendimento à saúde, com a relação de trabalho mediante regime de subordinação, acesso à educação, assistência e previdência social, enfim, aqueles direitos que reclamam uma atitude proativa por parte da Administração Pública.

O Estado passou não só a constituir pessoas jurídicas sujeitas ao regime jurídico de Direito Privado, num movimento de descentralização administrativa, bem como, conforme ressaltado por Almiro do Couto e Silva, através do “alargamento do espaço público, cujas entidades e órgãos desbordavam as raias do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, que até então as continha, para se submeterem ao Direito Privado mesmo quando perseguindo fins imediatamente públicos.”²⁰¹

A ampliação desse campo de abrangência da função administrativa ocasionou um estreitamento da relação desta com os administrados, mediante novos e mais

²⁰⁰ *Idem*, p. 381.

²⁰¹ SILVA, Almiro do Couto e. cit. p. 93.

amplos canais de participação do particular nas atividades da Administração Pública, sem prejuízo da persistente feição autoritária do Estado.²⁰²

Neste período, conforme leciona José Luís Esquível, “a administração pública sofreu grandes alterações em termos da sua organização e do modo de se relacionar com os particulares, abandonando uma prática de tipo unilateral em direção a condutas de tipo concertado, que aproximando mais e colocando em maior pé de igualdade os polos da relação jurídica administrativa”.²⁰³

Com a alteração do perfil dos direitos fundamentais, mediante consagração dos direitos coletivos e difusos, em conjunto com a superação do modelo de Estado Social, verifica-se a previsão e adoção de meios de colaboração decisória, intensificando o grau de participação dos administrados nas questões de interesse público.

A partir daí, vige o denominado Direito Administrativo participativo, mediante, como a própria denominação refere, participação democrática da sociedade nas questões envolvendo o exercício da função administrativa.

Concretiza-se o denominado Estado constitucional da Democracia participativa²⁰⁴, ou Estado Democrático de Direito, onde a Administração Pública²⁰⁵ se sujeita ao controle por parte dos particulares, aumentando-se, assim, a participação dos indivíduos na realização das finalidades públicas.²⁰⁶

²⁰² JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. “Função administrativa e participação popular.” *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 2001, nº 36, p. 115.

²⁰³ ESQUÍVEL, José Luís. “A arbitragem institucionalizada e os conflitos de direito administrativo.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, p. 123.

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. cit., p. 579.

²⁰⁵ “O que se pretende nessa vertente de transformação da administração pública é aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam mais diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de *participação administrativa*, com necessária prudência, mas, decididamente, com vistas à legitimação das decisões que, como ensina a Ciência Política, serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelas pessoas.” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.0, p. 22).

²⁰⁶ SILVA, Almiro do Couto e. cit. p. 98.

Esse aumento da participação popular na gestão dos negócios jurídicos administrativos, notadamente no Brasil, deu-se a partir da Constituição Federal de 1988.

É no conteúdo da Constituição Federal que se encontram previstos além de uma jurisdição constitucional, destinada a regular o equilíbrio e harmonia entre as diferenças verificadas na sociedade, os valores sob a forma de princípios nele implícitos ou explícitos.

Esses princípios têm um enorme potencial de conservação e proteção das estruturas constitucionais, dando coerência e consistência ao sistema.

Da mesma forma, as demais normas buscam nesses princípios seu fundamento de validade, orientando a sua interpretação.

Dentre alguns dispositivos constitucionais que contemplam modalidades de administração participativa inerentes à gestão pública²⁰⁷, podem ser exemplificados os que seguem: (i) a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão²⁰⁸; (ii) a iniciativa popular legislativa, que inclusive pode versar a respeito de matéria administrativa²⁰⁹; (iii) a faculdade das associações de promoverem a cooperação no âmbito do planejamento municipal²¹⁰; (iv) a participação dos produtores e trabalhadores rurais, assim como os setores de comercialização, de armazenamento e de transporte, no planejamento e na execução da política agrícola²¹¹; (v) a administração quadripartite na administração da Seguridade Social, contemplando a presença dos trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo nos seus colegiados²¹²; (vi) a gestão democrática do ensino

²⁰⁷ Cf. JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. cit., p. 119.

²⁰⁸ CF88, art. 10.

²⁰⁹ CF88, art. 61, §2º.

²¹⁰ CF88, art. 29, IX.

²¹¹ CF88, art. 187, *caput*.

²¹² CF88, art. 194, §§, VII.

público, de acordo com a lei de regência²¹³; e, também, (vii) a colaboração da sociedade nas atividades envolvendo a proteção do patrimônio cultural.²¹⁴

As modalidades participativas qualificadas como instrumento de controle²¹⁵ da Administração Pública podem ser exemplificadas a partir das seguintes previsões constitucionais: (i) o direito à informação de interesse coletivo ou geral, por meio do qual se toma conhecimento de assuntos relacionados à Administração Pública²¹⁶; (ii) o direito de oitiva do cidadão antes das decisões que lhe eventualmente afetem interesses, por conta do devido processo legal, contraditório e ampla defesa²¹⁷; (iii) a impetração do mandado de injunção²¹⁸; (iv) da ação popular visando invalidar ato lesivo ao patrimônio público²¹⁹; (v) a competência da lei para disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública²²⁰; (vi) a possibilidade dos cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, denunciarem irregularidades ao Tribunal de Contas da União – TCU²²¹; e, ainda, (vii) a exigência de prévio estudo de impacto ambiental para a instalação ou execução de obra ou atividade que possa ser lesiva ao meio ambiente.²²²

Entre as modalidades participativas que têm fundamento nos princípios constitucionais, elencam-se aquelas decisões administrativas formadas a partir da consensualidade entre as partes relacionadas num dado vínculo.

Da mesma maneira, só que no âmbito infraconstitucional, deve ser mencionada a Lei nº 9.784/1999, responsável pela disciplina do procedimento administrativo válido para toda a Administração Pública federal, direta e indireta, propondo-se à

²¹³ CF88, art. 206, VI.

²¹⁴ CF88, art. 216, §1º.

²¹⁵ Cf. JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. cit., p. 119-120.

²¹⁶ CF88, art. 5º, XXXIII.

²¹⁷ CF88, art. 5º, LIV e LV.

²¹⁸ CF88, art. 5º, LXXI.

²¹⁹ CF88, art. 5º, LXXIII.

²²⁰ CF88, art. 37, §3º.

²²¹ CF88, art. 74, §2º.

²²² CF88, art. 225, IV.

tarefa de operacionalizar o modo de manifestação da conduta participativa dos particulares.²²³

Numa perspectiva de administração concertada ou consensual, tal qual extraída do texto da Constituição Federal, identifica-se a presença da democracia participativa em que o Poder Público procura ou atrai os particulares para chegar a um acordo em situações envolvendo interesses comuns.²²⁴

O modo tradicional²²⁵ de atuação da Administração Pública, privilegiando, como regra, o formato unilateral, encontra-se, desde o advento da Constituição Federal de 1988, em fase de releitura, especialmente pelas novas formulações de participação do administrado na decisão e atuação do Poder Público.²²⁶

Encontra-se em curso uma inversão na percepção do predomínio da atuação estatal unilateral em favor de novas formulações de natureza participativa, direcionadas a solucionar as variadas e complexas situações jurídicas que hodiernamente se verificam no mundo da realidade.

Conforme destacado por Diogo Figueiredo Moreira Neto: “As formas de participação que se logram pela *consensualidade* são cada vez mais importantes nas democracias contemporâneas”²²⁷ Não afigura-se diferente a realidade brasileira,

²²³ “A Lei 9.784/1999, válida para a Administração Federal direta e indireta, propôs-se a tarefa de operacionalizar o modo de manifestação da conduta participativa dos particulares. Muitos de seus dispositivos respaldam essa conclusão, sobressaindo: a) a obrigação de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo, previstas na Constituição (art. 2º, parágrafo único, V); b) a garantia, em prol do administrado, do direito à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos nos processos contenciosos (art. 2º, parágrafo único, X), juntamente com o direito a ser cientificado da tramitação dos processos em que ostente a condição de interessado (art. 3º, II); c) a legitimação, na qualidade de interessados, não só das pessoas físicas e jurídicas cujos interesses possam ser afetados pela decisão a ser adotada, mas igualmente pelas organizações e associações no tocante a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos (art. 9º, I a IV); d) a previsão de consulta e audiência pública no trato de assuntos de interesse geral (arts. 31 e 32), institutos contidos também em leis extravagantes.” (JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. cit., p. 120).

²²⁴ SILVA, Almiro do Couto e. cit. p. 98.

²²⁵ “Na concepção tradicional a relação de Direito Administrativo era predominantemente bilateral, vinculando o Estado e o destinatário imediato do ato administrativo ou, na hipótese de contrato administrativo, o outro contratante.” (*Idem*, p. 109).

²²⁶ Cf. DÁCOMO, Natalia De Nardi. *Direito tributário participativo: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 74-75.

²²⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. cit., p. 27.

identificando-se, nos termos adiante apresentados, a existência de experiências normativas consensuais que exigem necessariamente a participação popular ativa.

Objetiva-se, assim, que as relações intersubjetivas estabelecidas entre Administração Pública e particulares sejam, em maior grau, participativas, aumentando-se, sobretudo, o protagonismo do particular, sempre amparadas pela noção de confiança mútua, com a pretensão de se atingir uma realidade caracterizada por uma convivência mais harmônica e menos qualificada pelo seu nível de litigiosidade.

Fundamentalmente, por meio de uma Administração Pública participativa, privilegia-se o diálogo e consenso entre as partes relacionadas.

Elimina-se – ou pelo menos se reduz – a separação rígida que sempre existiu entre o titular do Poder Público, enquanto agente público, e os destinatários das normas, em decorrência dessas novas formulações que sustentam a idéia de cooperação.

Ainda que considerado fenômeno recente nas relações entre esse Poder Público e os particulares, o fato é que escorreitamente rejeitou-se a transigibilidade por parte do Estado, em conflitos envolvendo a Administração Pública e seus órgãos, entre si e com os particulares, visando à realização do interesse público em qualquer dessas três situações.²²⁸

No Brasil, essa realidade, refratária ao consenso, esteve e segue presente no âmbito da Administração Pública.²²⁹ É certo que existiram avanços nesse sentido,

²²⁸ “Mais recentemente, nas últimas duas décadas, o direito administrativo foi reconhecendo na arbitragem uma via tendencialmente normal para resolução dos seus litígios, num quadro de agir administrativo dominado pela contratualização e pela consensualização tanto nos procedimentos tendentes à adoção de condutas unilaterais (acto e regulamento) como no domínio contratual. Este novo ambiente, acompanhado de um reforço dos direitos dos particulares perante a administração pública, de uma convicção cada vez mais acrescida de que merece a pena litigar sempre que as entidades administrativas violam a lei e de uma morosidade quase insuportável nalguns casos por parte da justiça estadual, propiciam um contexto que foi decisivo no sentido da afirmação pela da arbitragem para resolver uma parte muito considerável de litígios de natureza administrativa. Nesta fase, assiste-se, a par de uma consensualização de tipo processual, traduzida na eleição voluntária da arbitragem e, em muitos casos, das regras sobre as quais a mesma funciona.” (ESQUÍVEL, José Luís. cit., p. 124).

²²⁹ “Assim, em que pese vozes precursoras no imperativo de reavaliação do direito administrativo no Brasil, ainda hoje há temáticas que despertam resistência, notadamente aquelas que envolvem a incorporação do vazo da *consensualidade* no agir de um Estado-Administração que sempre se pautou, ao contrario pela atuação fundada na imperatividade.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. “Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no Direito

que serão a seguir demonstrados com base na análise da experiência legislativa brasileira.

O que se percebe, notadamente nas questões de Direito Público, é que, mais além do quadro normativo atual, ainda há um espaço amplo e aberto para o debate acerca da instituição e aplicação de mecanismos consensuais de solução de conflitos não somente no âmbito das relações regidas pelo Direito Privado, mas, também, nas relações jurídicas conflitantes em que figure como parte interessada o Poder Público.

2.2 A consensualidade administrativa

Por conta de razões históricas e culturais, durante muito tempo prevaleceu a noção do estatismo, idealizada na preponderância e hipertrofia do Poder Público visando à consecução dos interesses titularizados pela coletividade.

Relevante destacar desde logo que, historicamente, a defesa do interesse público sempre foi atribuída, de maneira exclusiva, à Administração Pública.

A partir de uma noção exacerbada quanto à presunção de legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, com prerrogativas e privilégios inerentes à sua auto-executoriedade, criou-se jurisprudência amparada nessa mesma visão legalista, portanto, com reflexos no âmbito do Poder Judiciário.

Da mesma forma em relação à esfera administrativa contenciosa, onde os conflitos efetivamente surgiam e, por força dessa ideologia legalista, os mesmos não recebiam a solução adequada ou, também, diretamente não eram solucionados.

José Luís Esquível anota, ao referir sobre a passagem da fase de negação à aceitação da arbitragem no Direito Administrativo, que “desde o início do século XIX praticamente a meados do século XX (cronologicamente identificado com o Estado Liberal), vigora uma ideia e uma defesa da interdição da arbitragem no direito administrativo, aquilo que poderíamos chamar de fase de negação.”²³⁰

Administrativo do século XXI.” *Fórum Administrativo*, v. 11, n. 123, Belo Horizonte: Fórum, maio 2011, pp. 9-10).

²³⁰ ESQUÍVEL, José Luís. cit., p. 122.

De fato, até às últimas décadas do século XX, vigorou uma visão geral e distorcida de exclusão da possibilidade da utilização de meios convencionais na solução dos litígios em que o Poder Público figurasse como parte, ou que, também, a matéria litigiosa fosse de interesse geral.²³¹

E essa situação, vale dizer, não é exclusiva da realidade brasileira e de seu ordenamento jurídico. Basta identificar nas origens do Direito Administrativo, mais especificamente para a noção de Administração Pública a partir da matriz francesa²³², como sendo um poder destinado à realização dos fins públicos, alicerçado na primazia do Direito e por este delimitado, mas, ao mesmo tempo, gozando de uma posição jurídica superior em relação aos particulares, de poder exorbitante.

Trata-se de período em que prevaleceu uma Administração Pública autoritária e caracterizada pela prática do ato administrativo unilateral como único e ideal meio de solução de conflitos, qualificando-se como expressão típica do poder administrativo de origem oitocentista.²³³

Nesse entendimento faz-se referência à circunstância pela qual o interesse público tem como característica essencial sua indisponibilidade, não lhe sendo, por conta disso, aplicável o regime jurídico de soluções convencionais de conflitos.

Essa indisponibilidade decorre do axioma da supremacia do interesse público sobre o particular. Ocorre que pressupor que há uma superioridade entre o Estado e

²³¹ Registre-se, em sentido contrário a posição de António Cândido de Oliveira: “Ao contrário da ideia geralmente difundida, a resolução alternativa de litígios é uma prática muito antiga no âmbito do Direito Administrativo.” “Resolução alternativa de litígios: as impugnações administrativas.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 113.

²³² Ao analisar a evolução da solução de controvérsias envolvendo a administração e interesse públicos, Ana Perestrelo de Oliveira confirma esse entendimento: “A questão da arbitrabilidade dos litígios de Direito administrativo assume, hoje, significado bem diverso daquele com que se colocou no passado. Após dois séculos de progressiva penetração da arbitragem nesta área, o recurso ao instituto em estudo para a resolução de litígios jus-administrativos já não é verdadeiramente controverso. Assim sucede, inclusivamente, nos ordenamentos tradicionalmente mais restritivos, como é o caso paradigmático do ordenamento jurídico francês.” (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 46).

²³³ ESQUÍVEL, José Luís. cit., p. 122.

o particular, na relação jurídica da qual são partes interessadas, significa presumir-se, desde logo, a existência de um conflito, ainda que latente.²³⁴

Supremacia ou primazia esta que, conforme debatido no Capítulo anterior, quando da demonstração da impropriedade da dicotomia entre Direito Público e Privado, restou definitivamente superada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.²³⁵

Aliás, conforme ponderado por Ana Perestrelo de Oliveira, a dicotomia entre Direito Privado e Direito Público não só não obedece a critérios rígidos, por conta da unidade do sistema jurídico, “como naturalmente não impede que, em domínios qualificados como de Direito privado, se estabeleçam relações que, por envolverem exercício de poderes de autoridade por parte do Estado ou entidade pública, se assumem como verdadeiras relações de Direito público.”²³⁶

O Novel de 1988, espraçando princípios e regras conformadoras do Estado constitucional da democracia participativa, imprimiu à noção de interesse público um viés privatístico e que senta suas bases na dignidade da pessoa humana como direito e garantia fundamental.

Interesses público e particular não mais se dissociam se levada em consideração a Constituição Federal, agrupando-os a partir da previsão e prevalência dos direitos fundamentais. Ao revés, se entrelaçam a tal ponto que a realização do interesse público pressupõe a satisfação do interesse particular.

²³⁴ “Note-se que afirmar uma supremacia do interesse público sobre o particular importa em uma pressuposição da existência de um conflito entre ambos – ainda que em caráter meramente latente, como sói acontecer quando da formação de um contrato – e uma prelação apriorística do primeiro sobre o segundo (conquanto nada haja que impeça que a solução deste conflito venha a final a propender para o lado do particular).” (Cf. ZIMMERMANN, Denny. “Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos a luz dos princípios da eficiência e do acesso à Justiça: por uma nova concepção de interesse público.” *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 12, São Paulo: RT-IBDC, jan-mar 2007, p. 76).

²³⁵ “Pode-se afirmar que está superada a concepção de que o Poder Público jamais poderia se submeter à solução de conflitos pela via arbitral. Esse entendimento fundava-se na noção de que o interesse público subjacente à atuação da organização estatal impediria que a solução de qualquer controvérsia deixasse de ser submetida ao Poder Judiciário. Para os defensores desse entendimento, na medida em que os interesses públicos buscados pela atuação do Estado são indisponíveis, não haveria possibilidade de os entes estatais renunciarem à jurisdição estatal e optarem pela solução pela via arbitral.” (GUSKOW, André. “As agências reguladoras e a arbitragem.” In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16).

²³⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. cit., p. 40.

Nesse entrelaçamento, sobressai-se a proteção da dignidade da pessoa humana, com reflexos no equilíbrio nas situações de relacionamento com o Poder Público, assim como de eficácia horizontal naqueles conflitos de interesses em que os particulares colocam-se em contraposição.

Em função dessa indissociabilidade entre o interesse público e o privado, abre-se espaço para se cogitar e aplicar, com validade e segurança jurídicas suficientes, as hipóteses de cabimento da solução convencionada de controvérsias, justamente com o objetivo de se conduzir e ter como resultado a satisfação do interesse geral.²³⁷

Sendo um resultado desse processo de convergência de interesses antes vistos como contrapostos, é razoável que por meio de equacionamento se alcance a satisfação do interesse público, desde que observadas as respectivas conexões axiológicas e as preferências que couberem por determinação do legislador investido do poder constituinte.²³⁸

A participação conjunta nessa defesa do interesse público, com a inclusão colaborativa dos administrados, não em poucas ocasiões, foi sistematicamente rechaçada, sob a justificativa de que situações como essa, tidas como excepcionais, pudessem de alguma forma debilitar a independência da entidade administrativa.

Mesmo diante dessa evidência, que ainda demonstra resquícios de sua presença na atividade administrativa, prevalece, cada vez com maior intensidade, a tendência de atuação participativa entre as partes relacionadas, na incessante tarefa de implementação de instrumentos destinados a reequilibrar a relação de forças

²³⁷ “A utilização da arbitragem consiste, ademais, em uma exigência da atual configuração do Estado, vinculada à transformação da Administração Pública. O propósito desta passa a ser, cada vez mais, o de realizar objetivos estabelecidos em conformidade com o aparato legal mas que nem sempre são resultado de uma decisão unilateral autoritária da Administração. Com frequência, trata-se de decisão de que participaram outros entes administrativos e particulares. Objetiva-se a melhor realização do interesse público com o menor sacrifício possível de outros interesses públicos e dos interesses dos particulares envolvidos. Trata-se de decorrência da constatação de que o interesse público resulta da conjugação e ponderação de uma pluralidade de interesses.” (KLEIN, Aline Lícia. “Arbitragem nas concessões de serviço público.” In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65).

²³⁸ Cf. ZIMMERMANN, Denny. cit., p. 80.

existentes entre a Administração Pública e os administrados, nas relações jurídicas entre eles estabelecidas.

E, nesse ponto, ainda que a Constituição Federal enquanto fonte máxima da democracia participativa reconheça a todas as pessoas o direito de receber, através do poder jurisdicional, uma tutela efetiva de seus direitos e interesses legalmente protegidos, isso não significa que todos os litígios devam obrigatoriamente ser resolvidos pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Ao contrário, o desenvolvimento e incorporação de meios consensuais de resolução de controvérsias visa justamente dar cumprimento aos objetivos da Constituição Federal, proporcionando aos particulares sua participação e colaboração, e, ao próprio Estado, um acesso mais amplo aos instrumentos que dão efetividade ao princípio da Justiça.²³⁹

Nos moldes preconizados por Maria da Conceição Oliveira: “A comunicação e a colaboração são, reconhecidamente, elementos constitutivos de um ambiente propício ao desenvolvimento e aprofundamento de boas relações entre o Estado e os cidadãos, já que são elementos facilitadores da vida em sociedade e factores de progresso e de bem-estar.”²⁴⁰

De modo que a consensualidade administrativa não é vista como uma mera complementação ao Poder Judiciário e sua competência jurisdicional, mas, efetivamente, uma alternativa viável em relação ao mesmo.

Diz-se isto porque à parte da realidade em termos de quantidade de litígios existem controvérsias que são mais propícias à resolução técnica e específica entre as partes, que terão uma aproximação entre as mesmas, suscetível ao acordo e

²³⁹ “Destarte, na época atual, com muito mais pertinência, esta possibilidade se concretiza e se confirma, pois desde as duas últimas décadas do século passado o Direito Administrativo passa a se reger por novos paradigmas, alicerçados no Direito Constitucional. Estas alterações de curso quanto ao papel do Estado na sociedade são enaltecidas e referendadas pela interpretação legal segundo a Constituição, seus princípios e valores, que dissipam, definitivamente, quaisquer dúvidas quanto à pertinência da arbitragem em contratos administrativos.” (LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 83-84).

²⁴⁰ OLIVEIRA, Maria da Conceição. “Mediação e arbitragem no roteiro da ‘boa administração’ – a experiência portuguesa no contexto europeu.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, p. 72.

finalização do conflito, que nem o procedimento administrativo e nem o processo judicial permitem realizar.

Nesse aspecto, oportuno o ensinamento de Alexandre Santos de Aragão, dizendo que o “aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumenta demasiadamente a complexidade da qual as suas decisões devem se revestir, sendo bem mais seguro que as tornem ponderadamente e em consenso com os particulares a serem por elas atingidos.”²⁴¹

Com efeito, invariavelmente são submetidas para apreciação do Poder Judiciário situações que demandam conhecimentos específicos, de ordem técnica e não jurídica, que extravasam os objetivos da prestação jurisdicional por meio de uma decisão judicial a esse respeito.²⁴²

No mínimo, no âmbito do processo judicial, deverá ser realizada a produção de prova pericial, que envolve custos elevadíssimos, escolha aleatória e arriscada em relação ao perito processual, e, o mais relevante, resultados imprevisíveis do ponto de vista estritamente técnico para ambos interessados.

No que refere às questões de Direito Público, leia-se do Direito Administrativo e do próprio Direito Tributário, que têm submissão e disciplina no denominado regime jurídico administrativo, instrumentos de solução consensual de controvérsias envolvendo a Administração Pública e interesse público, além de realizadores do olvidado sobreprincípio da Justiça Tributária, revelam uma perspectiva de vantagens objetivamente identificadas.

Dentre estas, destaca-se, inicialmente, a simplificação²⁴³ do procedimento adotado para a solução do conflito.

²⁴¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos.” *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan/fev. 2007, vol. 103, n.º 389, p. 4.

²⁴² “No entanto, a mediação na área administrativa tem-se revelado uma resposta, em certos casos, mais eficaz e adequada do que o recurso aos tribunais. Isto sobretudo quando o propósito é resolver os conflitos de acordo com procedimentos expeditos e flexíveis, gerando resultados mais adequados a certos tipos de situações, onde a controvérsia é menos jurídica do que do foro relacional, sem deixar de ser um meio apto a garantir o acesso ao Direito à Justiça.” (OLIVEIRA, Maria da Conceição. cit., p. 64).

²⁴³ “A simplificação é, sem dúvidas, uma medida apropriada para conter os efeitos da complexidade intrassistêmica, mas não é a única e, em muitos casos, pode ser até mesmo inadequada. O

Hoje esse ambiente é reservado ao procedimento administrativo e ao processo judicial, unicamente. Ambos possuem trâmites legalmente rígidos, sem qualquer margem de flexibilidade para que as partes possam se adequar ao mesmo em face de especificidades do caso concreto, e vice-versa.

Os prazos e etapas processuais são incompatíveis com as expectativas que os particulares têm de solucionar seus conflitos com a Administração Pública. Os meios consensuais de solução de controvérsias são caracterizados pelo princípio da flexibilidade, onde as regras procedimentais existem e devem ser incondicionalmente respeitadas, no entanto a margem de deliberação das partes a respeito do alcance e efeitos das mesmas são igualmente ampliados.

Isso não significa que esses mecanismos amistosos, por não terem o rótulo e trâmite normativo e institucional de processo ou procedimento, não devam, também nos termos da Constituição Federal, deixar de observar os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, acima referidos como modalidades de ação participativa de controle da Administração Pública por parte dos particulares.

Nesse mesmo sentido, ao expor a respeito da arbitragem para composição de litígios, Marçal Justen Filho leciona que esta “pressupõe a observância de um processo que assegure o contraditório e a ampla defesa, mas não necessita observar as formalidades e praxes idênticas às adotadas no âmbito do Judiciário.”²⁴⁴

Seja na conciliação, transação ou arbitragem; essas garantias e direitos fundamentais inerentes ao processo e ao procedimento administrativo, além do princípio da busca da verdade material, com exaurimento instrutório suficiente à solução do conflito, devem ser observadas no mesmo patamar de obrigatoriedade exigido pela lei processual ou procedimental, quando da sua aplicação ordinária.

reducionismo da amplitude sistêmica deve ser almejado, mas não será, por si só, suficiente para prover soluções.” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário*, p. 110).

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 767.

Qualquer tratamento diferenciado em relação ao devido processo legal e seus consectários, além da ofensa a eles propriamente ditos, implica em evidente inconstitucionalidade em face do princípio da isonomia.²⁴⁵

Um segundo aspecto positivo está associado à celeridade²⁴⁶ dos procedimentos amistosos, em detrimento e comparação com os quase inertes processos judiciais e ritos administrativos.

Ana Perestrelo de Oliveira registra que esse aspecto “assume relevância particular num contexto de lentidão crescente da tramitação processual e de generalizada ineficiência dos tribunais administrativos”.²⁴⁷

Vale reiterar que os tempos atuais da Justiça e da Administração Pública não se coadunam com as expectativas da sociedade atual, que além de complexa se caracteriza pela sua dinamicidade em todos os aspectos da vida.

A solução desse tema não vislumbra alternativa distinta senão a incorporação dos meios consensuais de conflitos. Trata-se de uma questão de atendimento ao princípio constitucional da eficiência, concretizado numa atuação administrativa que garanta os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nas palavras de José Casalta Nabais, ao justificar um sistema alternativo de controvérsias e sua implantação, “atendendo à actual morosidade da justiça, que se apresenta cada vez mais como um verdadeiro problema estrutural do Estado de Direito, podemos mesmo questionar-nos se uma recusa ampla da arbitragem não acaba constituindo uma violação dos direitos de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efectiva, mediante a obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável.”²⁴⁸

²⁴⁵ CF88, art. 5º, *caput*; art. 150, I.

²⁴⁶ “A *celeridade* impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada. Não se trata de uma corrida de velocidade, mas sim de uma sequência de atos que atenda a uma duração razoável, tal como é assegurado pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição (‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’).” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209).

²⁴⁷ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. cit., p. 49.

²⁴⁸ NABAIS, José Casalta. “Reflexão breve sobre a introdução da arbitragem tributária.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 88.

A atuação administrativa, do ponto de vista da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, e, também, da justiça contenciosa administrativa, não garante a realização da Justiça enquanto direito e garantia fundamental dos particulares. Não há, pois, efetividade procedimental nem processual no sistema em vigor, e não há, portanto, eficiência administrativa.²⁴⁹

Procedimento administrativo e processo judicial são morosos senão inertes por completo, burocráticos, rígidos, caros, imprevisíveis, pois julgados sem qualquer requisito de conhecimento técnico acerca do objeto, e, além de no seu curso agredir uma série de outros direitos e garantias das partes, não realizam o valor Justiça por não por fim ao conflito ou demanda de modo razoável, adequado e viável do ponto de vista econômico.

Verifica-se na atualidade absoluta ineficiência administrativa notadamente nesse aspecto.

Ineficiência e inércia não devem fazer parte da ação administrativa sob pena de não atender aos demais mandamentos constitucionais, como um todo.

Precisa nesse sentido a lição de Egon Bockmann Moreira: “A Administração não pode nem praticar atos que sejam ineficientes, nem se abster inercialmente da prática de atos eficientes (abrangendo toda e qualquer conduta administrativa do Estado).”²⁵⁰

Dessa noção de eficiência decorre de pronto uma terceira vantagem que é justamente relacionada ao princípio da economicidade, pois os custos de manutenção de procedimentos e processos revelam-se incompatíveis com a realidade atual, na medida em que ritos consensuais mais flexíveis e céleres implicam em menor dispêndio de recursos pelas partes relacionadas.

²⁴⁹ Odete Medauar assim leciona acerca do princípio constitucional da eficiência: “Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções. O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.” (*Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006, pp. 129-130).

²⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. cit., p. 205.

Diz-se isto especialmente em relação aos particulares, na medida em que os custos relacionados ao Poder Público são suportados com receitas públicas, correntes e patrimoniais, vale ressaltar, não somente tributárias.

De modo que, aos particulares, sem dúvida não só haveria economia do ponto de vista de controles internos de prazos e procedimentos perante a Administração Pública, mas, também, economia com a realização de defesas jurídicas complexas, assessoramento técnico e contábil para participação em perícias intermináveis, honorários de perito e custos gerais do processo de elevada monta, enfim, uma gama de situações que se consideradas em valores nominais assumem relevância para fins de aprimoramento pelo e no sistema.²⁵¹

Por seu turno quanto aos custos para o Estado e seus reflexos nas finanças públicas, apropriada a consideração de Maria da Conceição Oliveira, especialmente ao anotar que “a disponibilização e reconhecimento dos meios extrajudiciais de resolução de litígios entre o Estado e os particulares poderão revelar-se um contributo inestimável para a redução da despesa pública e bem assim, para o aumento da rentabilidade dos serviços.”²⁵²

Uma quarta vantagem está relacionada ao aumento das atividades de regulação estatal, onde a execução das tarefas públicas se realiza por meio da efetiva colaboração dos particulares, contemplando em seus respectivos contratos administrativos cláusulas arbitrais com amparo em legislações específicas.

Essa experiência legislativa encontra-se detalhada no curso da presente investigação, conforme explicitado mais adiante. São contratos das mais variadas natureza, envolvendo licitações, concessões e permissões de serviços públicos, além de outros vínculos colaborativos específicos.

Inquestionável, conforme novamente aponta Ana Perestrelo de Oliveira, “a maior adequação das soluções proporcionadas por árbitros dotados de qualificações

²⁵¹ “O uso dos ‘meios alternativos’ com o objectivo de prevenir conflitos ou de resolvê-los logo que surjam, e antes que se agudizem, responde à necessidade de aproximar a Administração dos cidadãos, independentemente de estarem em causa simples necessidades individuais ou avultados interesses econômicos e financeiros suportados por grandes empresas.” (OLIVEIRA, Maria da Conceição. cit., p. 65).

²⁵² *Idem*, p. 62.

e conhecimentos técnicos especiais (*inclusive* extrajurídicos), capazes de responder à complexidade dos litígios em análise”.²⁵³

A vantagem da solução arbitral nesses contratos administrativos demonstra ser inequívoca, na medida em que revelam vínculos com difícil engenharia financeira, regulados por setores que foram recentemente especializados.

Dentre esses novos ramos do conhecimento jurídico destacam-se o Direito de Energia e Petróleo, Direito das Telecomunicações, Direito Minerário, além do contemporâneo Direito Ambiental, dentre outros específicos.²⁵⁴

As controvérsias decorrentes desses vínculos contratuais, de natureza administrativa e titularidade estatal, poderão, desde que observadas as demais vantagens acima referidas, ter as suas eventuais controvérsias solucionadas pela via arbitral.

²⁵³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. cit., p. 49.

²⁵⁴ Veja-se a sustentação da vantagem, na forma dada por Fausto de Quadros: “As grandes vantagens da arbitragem sobre a jurisdição obrigatória são a de que a primeira permite alcançar mais rapidamente uma decisão transitada em julgado (o que em países como Portugal é muito relevante) e permite obter uma decisão mais acertada, sobretudo quando o litígio é muito complexo e toca em matérias de Direito altamente especializadas, já que as partes podem escolher os árbitros em função da sua especialidade, enquanto que, na jurisdição obrigatória, os juízes que vão decidir o litígio são escolhidos por sorteio. Aliás, diga-se entre parênteses que, não obstante Portugal ter muito bons juízes administrativos, é de questionar se lhes é atempada e regularmente fornecida formação adequada nas novas, complexas e difíceis áreas do Direito Administrativo com as quais eles se defrontam hoje na sua actividade de julgadores, das quais se dão os seguintes exemplos, só de Direito substantivo: contratos públicos, particularmente os com difícil engenharia financeira que releva para o Direito Administrativo, como os contratos *project finance*; relação entre o dever de prestar e o dever de indemnizar, nomeadamente os critérios de cômputo de indemnização em caso de oneração ou violação dos referidos contratos, vistas aquelas como actos análogos à expropriação, como aprendemos no Direito Comparado e no direito da Arbitragem Internacional, que vincula Portugal; regulação económica e financeira; responsabilidade civil extracontratual do Estado e doutras entidades públicas, particularmente em caso de facto ilícito culposo traduzido em violação do dever de vigilância, em caso de facto lícito, e correspondente, dever de indemnizar, e em caso de direito (que agora, pela Lei nº 67/2007, é um *dever*) de regresso; sectores novíssimos do Direito Administrativo, como o Direito da Energia, o Direito das Telecomunicações, o Direito da Bioética, o Direito específico dos serviços de interesse económico em geral; relação entre o direito da propriedade privada e zonas nebulosas do direito do Ambiente, do Direito do Ordenamento do Território, do Direito do Urbanismo e do Direito dos Solos, matérias que, diga-se de passagem, o Legislador e a Administração Pública nem sempre têm tratado em Portugal com o cuidado devido; e a necessária consideração, em todas essas matérias, do Direito Internacional Público material e do Direito da União Européia relevante, sobretudo quando, não tendo as partes invocado essas fontes de Direito, elas são, nos casos concretos, de conhecimento oficioso do juiz; etc.” (QUADROS, Fausto de. “A arbitragem em direito administrativo.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 105-106).

Com isso e nos termos acima delineados, demonstrada e fundamentada a aceitação dos meios consensuais de solução de conflitos quando uma das partes relacionadas for o Poder Público ou, também, quando o objeto da controvérsia envolver questão relacionada ao interesse público.

Pressupõe-se, assim, que a Administração Pública necessariamente disponha de instrumental viável e suficiente para que possa, nesse contexto de cabimento e aceitação das soluções amistosas para controvérsias, manifestar a sua vontade, por meio de avença ou acordo.

2.3 Negócio jurídico administrativo: autonomia da vontade e Poder Público

O Poder Público, enquanto parte relacionada em um determinado conflito de interesses e no âmbito de um procedimento amistoso de solução dessa controvérsia, deve manifestar a sua vontade.

De modo que há que se verificar a natureza jurídica dessa manifestação de vontade, permitindo, com isso, ter-se uma dimensão do alcance do exercício da autonomia privada pelo agente público, no desempenho da função administrativa.

De regra, no desempenho da função administrativa, o agente se encontra em situação de total ausência de autonomia de sua vontade, em sentido próprio. Essa função, concretizada pela atividade administrativa, tem seu desempenho limitado pela lei.

Ao lado das declarações de vontade, sejam bilaterais ou não, a própria lei se qualifica como sendo umas das fontes das obrigações. Com acordo ou sem ele, é necessário que a vontade seja declarada, de acordo com a forma prescrita e aceita pelo ordenamento jurídico para que se configure, efetivamente, como fonte de obrigações. Trata-se, assim, de uma vontade expressamente manifestada, de acordo com as regras do Direito Positivo.

Para fins de análise no âmbito do presente trabalho de investigação científica, assume relevância o tema relativo ao acordo de vontades, seara na qual se insere a transação entre particulares e envolvendo o Estado, assim como as demais formas de relacionamento que impliquem em solução de conflitos por meio de avença.

Não é por acaso que em todas as modalidades de solução convencional de conflitos, seja mediação, conciliação, transação e arbitragem, envolvendo ou não a Administração Pública e temas de interesse público, têm como elemento essencial a manifestação de vontade no sentido de por fim à controvérsia objeto, que deve ser expressamente manifestada pelas partes.

Essa vontade deve necessariamente ser manifestada de forma livre e válida, pressupondo que as partes relacionadas detenham capacidade jurídica para fazê-lo.

As partes devem dispor de poderes e capacidade para contrair, livremente, o respectivo vínculo obrigacional. A esse vínculo obrigacional, conformado pela vontade manifestada de forma livre pelos sujeitos que o integram, atribui-se a categoria jurídica de contrato, negócio jurídico tipicamente bilateral e, na grande maioria das situações, oneroso.

Esses contratos podem ser tanto de Direito Privado quanto Público, diferenciando-se, porém, no que refere ao seu regime jurídico contratual. Eis algumas diferenças cruciais.

No que refere ao regime jurídico de Direito Privado, prevalece a horizontalidade do vínculo, ou seja, em patamar jurídico isonômico de direitos e obrigações verificados na respectiva relação jurídica. A característica da consensualidade, nesse caso, é quase que absoluta.

Já no tocante ao regime jurídico de Direito Público, verifica-se um determinado desequilíbrio na relação, onde são verificadas algumas prerrogativas atribuídas pelo próprio sistema, além de características específicas de vínculos dessa natureza.

No entanto, antes, em lugar dessa noção de desequilíbrio em face de prerrogativas, prevalecia uma versão de supremacia do Poder Público em relação ao particular, qualificando a relação jurídica como sendo de natureza vertical.

Com relação ao requisito da capacidade, o Direito Privado exige capacidade civil do agente para celebrar contrato. No Direito Público, além da capacidade civil, afigura-se igualmente essencial a competência do órgão para contratar naqueles termos, assim como do próprio agente para formalizar a contratação.

Segue-se que no contrato de Direito Privado, o objeto é livre, desde que seja lícito, possível e suscetível de apreciação econômica. Além desses elementos

essenciais o contrato no regime de Direito Público deve ter por finalidade a realização do interesse público, e não interesses particulares.

O formalismo é condição que predomina nos contratos regidos pelo Direito Público, ao passo que no Direito Privado prevalece a essência sobre a forma, ou seja, há liberdade em relação à forma da avença, exceto se houver previsão legal específica.

O requisito do consentimento no regime de Direito Privado encontra-se marcado pela total liberdade de contrair o vínculo obrigacional, mediante manifestação livre da vontade, sem qualquer vício que possa torná-lo nulo ou anulável. No regime de Direito Público verifica-se um maior grau de rigidez, exigindo-se consentimento expreso, e necessariamente precedido dos procedimentos prescritos em lei, como, por exemplo, o certame licitatório.

Ambos os regimes exigem que os contratos tenham força obrigatória, ou seja, que façam lei entre as partes.

Da mesma forma, quanto à intangibilidade das convenções, prevalece o princípio de que as obrigações contraídas devem ser cumpridas, com aplicação quase que integral no âmbito das obrigações de Direito Privado. No que diz respeito ao Direito Público, as prerrogativas em favor do Poder Público e do interesse da coletividade dão uma maior margem de revisão contratual ou, se for o caso, rescisão unilateral do mesmo.

Essa intangibilidade por certo que não tem caráter absoluto, possibilitando a aplicação, tanto no regime de Direito Público quanto do Direito Privado, a teoria da imprevisão, em caso de fatos extraordinários e imprevistos no decorrer da relação contratual, assim como aquelas situações de força maior e caso fortuito, por conta de acontecimento alheio à vontade das partes.

Ainda diferenciando os contratos, na esfera do Direito Privado afigura-se cabível a exceção de contrato não cumprido; já, no que diz respeito ao Direito Público, por conta do princípio da continuidade dos serviços públicos, a parte não pode, em hipótese alguma deixar de cumprir aquilo que se obrigou.

Importante também referir que o Estado pode adotar medidas que, eventualmente, cheguem a impedir ou onerar de modo insuportável para uma das partes a execução contratual, caracterizando-se o *fato do príncipe*.

Essa circunstância, típica dos contratos em que o Poder Público figura como parte, pode gerar para o Estado a obrigação de rever os termos e condições do mesmo, ou, se assim for, indenizar o particular ou deferir-lhe o direito à rescisão do mesmo.

Salienta Onofre Alves Batista Júnior que: “No Direito Administrativo, não existe definição única, verdadeira e definitiva de ‘ato administrativo’, ‘negócio administrativo’ ou ‘contrato administrativo’.”²⁵⁵

Não obstante essa advertência quanto à tipologia, podem-se diferenciar os chamados contratos da Administração, ou negócio administrativo, da categoria dos contratos administrativos.

Os contratos da Administração não são contratos administrativos unicamente porque o Poder Público ocupa uma das posições a título de parte relacionada. Não resulta ser suficiente dita qualificação.

O objeto do contrato da Administração, também, não é suficiente para caracterizar o contrato como sendo administrativo, eis que esse objeto não necessariamente vai diferir dos objetos e conteúdos dos contratos do Direito Privado.

A diferenciação vai dar-se efetivamente pela presença, no contrato, das denominadas cláusulas exorbitantes, fixando prerrogativas em favor do Poder Público.

Ou seja, do modo como define Marçal Justen Filho a figura do contrato administrativo, em sentido restrito, como sendo aquele em que “a parte que exerce função administrativa é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.”²⁵⁶

²⁵⁵ JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 215.

²⁵⁶ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 433.

Tratam-se de cláusulas típicas que em função do objeto ou, também, por atribuir prerrogativas à Administração Pública no desempenho de sua função administrativa, somente se inserem em contratos administrativos.

Em matéria de negócio jurídico administrativo, assume relevância a vontade negocial, onde, um exame dos acordos de vontade da Administração Pública, revela que os contratos administrativos assumem a maior importância. Esses acordos de vontade da Administração Pública podem ser de natureza jurídica contratual ou não contratual.

Dentre os acordos de vontade de natureza jurídica contratual, encontram-se os contratos de Direito Público, que, além dos contratos administrativos propriamente ditos, engloba outros acordos contratuais, como aqueles envolvendo matéria de Direito Financeiro e Tributário, entre outros.

No caso do Direito Financeiro, pode-se aduzir desde logo como exemplo, a previsão de cláusulas compromissórias de procedimento arbitral em contratos de financiamentos com agentes de fomento que integrem a Administração Pública.

Por sua vez, em relação ao Direito Tributário, têm-se as transações e demais atos que impliquem na prevenção ou solução de conflitos de natureza tributária, nas suas distintas modalidades, onde o exercício da autonomia da vontade de ambas as partes deve estar condicionado aos limites impostos pela legislação de regência, o que não afasta, porém, a necessidade do efetivo exercício dessa autonomia para que se configure concretamente o acordo de vontades.

Nesses negócios jurídicos, poderá estar configurado um maior ou menor grau de autonomia da vontade atribuída ao agente público, relacionando-se à noção de legalidade do ato administrativo discricionário e vinculado.

A autonomia da vontade administrativa configura um poder discricionário, para o qual a finalidade da ação administrativa encontra-se pré-ordenada pela lei e pelo interesse público.

Em contraposição, tem-se a noção de ato vinculado à lei, ou seja, a lei define a reunião de certas condições para uma determinada situação jurídica e impõe aos agentes públicos a decisão decorrente.

Ainda que se possa vislumbrar que a autonomia da vontade no desempenho da função administrativa, com disciplina pelo regime de Direito Público, a mesma demonstra ser mais restrita do que ocorre no Direito Privado.

Mas, conforme aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a escolha da *técnica flexível da discricionariedade*, em lugar da *técnica rígida da vinculação*, não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da *generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos* não repousa sobre qualquer assento constitucional.”²⁵⁷

De modo que, ainda que circunscrito ao princípio da legalidade e à realização do interesse público, o agente público tem ao seu dispor autonomia e liberdade para contrair vínculo negocial mediante valoração das condições de oportunidade e conveniência.²⁵⁸

Sabido que o consenso pressupõe o acordo de vontades como elemento essencial, seja para contratar, seja para extinguir ou prevenir conflitos, e, dentre estas manifestações volitivas encontram-se aquelas emanadas da Administração Pública, amparadas em lei própria, qualificam-se presentes os denominados negócios jurídicos administrativos.

Na definição de Edmir Netto de Araújo, em obra específica sobre o tema, “*negócio jurídico administrativo* é expressão que, tenha qualquer conotação, designa sempre o acordo de vontades do qual participa a Administração, a qual, não

²⁵⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações...*, p. 423.

²⁵⁸ Em sentido contrário manifesta-se Onofre Alves Batista Júnior: “Na faixa discricionária, o administrador público decide à luz do vetor eficiência administrativa, para poder perseguir o ‘melhor interesse possível’. Portanto, não se trata de margem para a manifestação de uma ‘vontade do administrador’, mas também não se estará exteriorizando uma verdadeira ‘vontade da Administração’, isto é, não se trata de exteriorização da vontade, nem do administrador, nem da Administração Pública, a qual é mero instrumento da persecução do bem comum. As margens discricionárias abrem apenas um ‘espaço de laboração’ para que o Administrador (Administração Pública) possa melhor fazer prevalecer uma vontade que, na verdade, é normativa. A ‘vontade do administrador público’ ou a ‘vontade da Administração Pública’ pouca relevância tem, pois são meros instrumentos para que se possa melhor atender ao interesse maior da coletividade; a ‘vontade’ que efetivamente deve ser manifestada é uma ‘vontade normativa’, ou seja, a vontade posta pelo arcabouço jurídico, pelas normas jurídicas (regras e princípios).” (cit., pp. 239-240).

abdicando da potestade pública de que é detentora, celebra com o particular determinados pactos, objetivando o interesse público.”²⁵⁹

Inserem-se nesse conceito de negócios jurídicos administrativos os acordos bilaterais ou plurilaterais que são celebrados entre Poder Público e o particular, ambos investidos das suas respectivas personalidades jurídicas. Parte-se do pressuposto de que todo negócio jurídico, inclusive de cunho administrativo, é minimamente bilateral.

Deve estar presente, na linha das condições gerais dos negócios jurídicos, mais de uma declaração de vontade unitária, uma delas necessariamente proveniente da Administração Pública e seus órgãos representativos, sejam da mesma pessoa política ou de distintas pessoas políticas.

Porém, esses negócios jurídicos administrativos devem ser disciplinados pelo regime jurídico de Direito Público, nos quais o Estado esteja situado em posição de preponderância em relação aos particulares, especialmente no caso dos contratos administrativos, nos quais se inserem as cláusulas exorbitantes ou derogatórias do Direito comum.

Saliente-se, por fim, que esses negócios jurídicos administrativos geram direitos e obrigações desde o seu início para ambas as partes, mormente em decorrência da declaração expressa do acordo de vontades.

Essa, portanto, a essência e a natureza jurídica, portanto, das manifestações administrativas nos atos relacionados à consensualidade, devidamente ressaltadas suas peculiaridades.

Por consequência, não se podem confundir com aqueles atos administrativos qualificados como unilaterais da Administração Pública e que, em procedimentos administrativos específicos das legislações que regem as matérias a eles atinentes, implicam na tomada de decisões de mérito acerca de controvérsias objeto de pedido dos interessados.

²⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 213.

Em suma, o elemento volitivo, conforme sustentado desde o início do presente estudo, é indissociável da categoria jurídica do consenso, mesmo no ambiente típico do regime jurídico da Administração Pública.

2.4 Arbitragem e atividade administrativa

Não obstante um histórico refratário, que sempre partiu de premissas equivocadas acerca da indisponibilidade do interesse público e legalidade, tal como aduzido no decorrer deste Capítulo, paulatinamente a via arbitral vem sendo aceita como meio adequado à composição dos conflitos surgidos no âmbito dos contratos celebrados sob o regime jurídico de Direito Público.

Diante disso, necessário saber que o instituto da arbitragem tem fundamento de validade constitucional no Brasil.

Com efeito, o artigo 114, §1º, da Constituição Federal menciona expressamente, ainda que de modo relacionado à Justiça do Trabalho, que, na hipótese de ser frustrada a negociação coletiva de trabalho, poderá o tema ser submetido à arbitragem.²⁶⁰

Nesse contexto, adveio a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, instituindo a arbitragem enquanto procedimento no qual é designada a um terceiro, denominado árbitro, a missão de solucionar o conflito, em substituição às partes relacionadas e que não alcançaram resolvê-lo por si próprias, comprometendo-se a cumprir o que for decidido e constar do respectivo laudo.

De acordo com o conceito doutrinário de Carlos Alberto Carmona: “A arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”²⁶¹

²⁶⁰ CF88, art. 114: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) §1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.”

²⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

Trata-se de um meio de composição em que um terceiro profere a decisão, denominada sentença ou laudo arbitral.

Na definição de Selma Lemes, a arbitragem corresponde a “um modo extraordinário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral.”²⁶²

Igualmente nesse sentido, Tarcísio Araújo Kroetz, em obra específica sobre o tema, apresenta “definição sumária e tradicional da arbitragem, como a instituição pela qual as partes confiam a terceiro, livremente designado por elas, a missão de solucionar suas controvérsias”.²⁶³

A arbitragem aplica-se aos direitos patrimoniais disponíveis, assumindo, assim, característica típica da transação conforme disciplinada pelo Direito Privado.

Tem natureza voluntária, com fundamento na boa-fé e transparência entre as partes, valores estes que deverão estar expressos no compromisso arbitral ou na respectiva cláusula compromissória.

Partindo-se do pressuposto da negociação entre as partes, pautando-se pelos princípios da igualdade entre essas partes e da celeridade²⁶⁴, configura procedimento que não mais poderá ser interrompido após iniciado. O mesmo será totalmente sigiloso, com cláusula de confidencialidade expressa, desde que as partes assim convencionem.

Duas situações poderão ser apresentadas e resolvidas pelo árbitro, na qualidade de terceiro. Quando houver composição entre as partes relacionadas à controvérsia, há simples homologação do acordo pelo árbitro.

De outra maneira, não havendo acordo espontâneo entre os contendores, respeitado o devido processo legal, o árbitro deve prolatar sentença pondo fim à controvérsia. Vale dizer, o árbitro, de fato e de direito, decidirá acerca da controvérsia, proferindo sentença de mérito.

²⁶² LEMES, Selma Ferreira. cit., p. 59.

²⁶³ KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade, de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

²⁶⁴ Cf. AMARAL, Paulo Osternack. cit., pp. 46-47.

Um diferencial nesse procedimento arbitral é que as partes têm controle em relação à indicação e escolha do árbitro, assim como quanto à escolha das regras que serão adotadas no seu decorrer. Uma das consequências dessa possibilidade de escolha é a segurança em relação ao conhecimento técnico acerca da controvérsia daquele terceiro imparcial eleito como árbitro.²⁶⁵ A segurança demonstra-se presente do ponto de vista do julgamento da questão em si.

O árbitro, inclusive, assume total responsabilidade pela decisão que proferir, tanto na esfera cível quanto criminal. No caso de se tratar de arbitragem institucional, a administradora do conflito assume responsabilidade solidária.

Equiparada às decisões judiciais em geral, a sentença arbitral tem eficácia de título executivo judicial.²⁶⁶

Essa peculiaridade da sentença arbitral produzir efeitos equiparáveis ao de uma sentença judicial, qualificando-a, inclusive, como título executivo judicial, justificaria a alteração do CPC, especificamente em seu artigo 267, inciso VII. Com essa alteração, ficaria expresso aos magistrados a prescrição normativa de se extinguir o processo, sem resolução do mérito, quando se pretender discutir o mérito já resolvido ou a ser resolvido em arbitragem.

Da mesma forma, a decisão arbitral deveria constar expressamente do já referido inciso III, do artigo 269 do CPC, como hipótese de extinção do processo com resolução de mérito, pois a decisão arbitral resolve o mérito discutido, ainda que seja espécie de transação, na forma a seguir aludida.

²⁶⁵ “Como a tendência é que sejam escolhidos árbitros com conhecimento especializado na matéria objeto do litígio, nada mais natural do que se esperar uma decisão tecnicamente mais adequada, mais precisa do que seria prolatada no Judiciário. (Cf. AMARAL, Paulo Osternack. cit., p. 38).

²⁶⁶ “Quanto à possibilidade ou não de liquidação no procedimento, elucida Eduardo Talamini: “Em suma, se a arbitragem foi a via eleita pelas partes para a composição de uma controvérsia ou conjunto de controvérsias, em princípio atribuiu-se ao juízo arbitral *inclusive a definição da extensão quantitativa de obrigações* que eventualmente venha a ser ali reconhecidas como devidas de uma parte à outra, por ocasião da solução da causa. A instituição da arbitragem para a solução de um conflito, em regra, abrange a competência para quantificar o objeto de condenações que venham a ser emitidas em tal sede. Então, normalmente os árbitros desincumbem-se de modo integral da tarefa que lhes foi delegada apenas quando emitem condenação líquida. Daí que usualmente não cabe cogitar da liquidação judiciária da sentença proveniente da arbitragem.” (TALAMINI, Eduardo. “Sentença arbitral e liquidez.” In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo [Coord.]. *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164).

De todo modo, o inciso IV artigo 475-N do CPC estabelece que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial.²⁶⁷ Com a regra atual, na hipótese de não se concretizar a execução das obrigações previstas na sentença arbitral não ocorrer voluntariamente, poderá o interessado demandar a outra parte perante o Poder Judiciário, por meio de processo executivo, determinando o seu cumprimento nos exatos termos em que lançada referida decisão arbitral, sem que se possa haver nova discussão acerca de seu mérito.²⁶⁸

No que refere à celeridade antes mencionada, a legislação da arbitragem impõe um prazo máximo de cento e oitenta dias para que o conflito seja solucionado entre as partes envolvidas no procedimento. Esse prazo é flexível, desde que as partes assim convençionem, mas sempre de modo razoável ao propósito do instituto, de ser meio célere na solução do conflito.

Enquanto a regra perante os prazos do Poder Judiciário diz com a indisponibilidade do procedimento, na arbitragem há margem de flexibilidade entre as partes em relação ao mesmo.²⁶⁹

Não obstante acaciano progresso na busca da realização do princípio da Justiça, o instituto da arbitragem teve a sua lei de regência questionada, sob o enfoque de sua constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

Com efeito, em face do princípio constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional, ou do livre acesso à Justiça, como costumam igualmente nominá-lo, com previsão no artigo 5º, XXXV, da CF88²⁷⁰, questionou-se a cláusula compromissória quanto ao aspecto da renúncia à possível solução judicial, em relação aos termos da arbitragem.

²⁶⁷ CPC, art. 475-N: “São títulos executivos judiciais: (...) IV – a sentença arbitral.”

²⁶⁸ “A decisão exarada por esse tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma decisão judicial (art. 31 da Lei nº 9.307, de 23.09.1996). Esta decisão das partes (convenção de arbitragem) vincula as partes e, em princípio, a um primeiro plano impede que o Judiciário conheça a questão. Somente poderá fazê-lo, posteriormente, em caso de ação de anulação ou em defesa (embargos do devedor) à execução da sentença arbitral.” (LEMES, Selma Ferreira. cit., p. 59).

²⁶⁹ Cf. AMARAL, Paulo Osternack. cit., pp. 42-43.

²⁷⁰ CF88, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Entendeu-se que a Lei nº 9.307/96, além de conflitante com o monopólio judicial do Estado e com o princípio do direito de acesso ao Poder Judiciário, também estaria contrariando a vedação ao juízo ou tribunal de exceção²⁷¹, à ampla defesa, contraditório e devido processo legal.²⁷²

O Pretório Excelso afastou essa presunção de inconstitucionalidade, em reiterada jurisprudência²⁷³ fazendo prevalecer, assim, a manifestação da vontade

²⁷¹ CF88, art. 5º, XXXVII.

²⁷² CF88, art. 5º, LIV e LV.

²⁷³ Nesse sentido: "EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)." (STF, 5206-SE AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 p. 29).

das partes, quando da composição e assunção dos compromissos decorrentes, bem como por força da previsão legal autorizando a disponibilidade de seus interesses.²⁷⁴

Em outras palavras, no entendimento do STF a Lei nº 9.307/96 é constitucional, uma vez que representa uma faculdade de uma parte absolutamente capaz acerca de um direito disponível, salvo quando houver hipossuficiência de uma parte perante a outra, oportunidade em que se deve exigir anuência expressa das partes, de modo a não configurar imposição de renúncia à via judicial.

A esse respeito, apontando para uma possível violação do princípio da universalidade da jurisdição, e partindo do pressuposto da autonomia da vontade, Marçal Justen Filho ensina que: “Não se admite que uma disposição legal imponha a adoção compulsória da arbitragem para composição de litígios.”²⁷⁵

Portanto, em face da autonomia da vontade dos interessados, somente o consenso entre os mesmo é capaz de instalar o procedimento arbitral.

Com relação à natureza jurídica da arbitragem, verifica-se a existência de controvérsia a respeito da mesma, identificando-se, basicamente, três distintas fundamentações.

²⁷⁴ Com argumentos relevantes, Cássio Telles Ferreira Netto afasta a pretensa inconstitucionalidade, assim referindo: “Porém, hoje se entende que o acesso à justiça é uma garantia ao cidadão e não uma imposição, ou seja, ninguém é obrigado a estar em juízo contra alguém. Além disso, a sentença arbitral poderá ser anulada pelo Poder Judiciário nos casos listados pela própria Lei de Arbitragem e, se a execução da sentença arbitral não ocorrer voluntariamente, somente um juiz togado poderá determinar o feito. Portanto, de forma alguma o sistema de arbitragem instituído no Brasil exclui a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, neste caso, a participação deste fica garantida pelas diversas possibilidades da intervenção e, especialmente, pelo exercício de controle, por parte do juiz estatal, sobre as decisões arbitrais. Esse é o fundamento que justifica a compatibilidade entre o instituto da arbitragem e o princípio do monopólio judiciário da prestação jurisdicional.” (cit, p. 21). Em sentido contrário: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 59.

²⁷⁵ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 769. Nesse mesmo sentido, confira-se a doutrina de Selma Lemes: “Verifica-se assim, que não encontra guarida a interpretação do princípio da legalidade de forma estrita, a fim de norma específica para estipular a previsão da solução de controvérsias por arbitragem nos contratos firmados pela Administração. A autorização prevista no art. 1 da Lei de Arbitragem abrange a Administração Pública, posto que não a exclui expressamente. Com efeito, distinguir e vedar a atuação do Estado, impedir que este solucione litígios por arbitragem para as controvérsias originárias de contratos administrativos e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis representa desconsiderar o comando legal previsto no art. 1, da Lei n. 9.307/96. Negar o acesso da Administração à solução de controvérsias por arbitragem, consoante os ditames da Lei n. 9.307/96, representaria uma ilegalidade, ao determinar a redução na aplicação do comando legal e, ao mesmo tempo, uma inconstitucionalidade, pela afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e da economicidade, que o ordenamento constitucional administrativo erige e propugna como inescusáveis.” (cit., p. 99).

A primeira que aponta para a natureza jurídica contratual, alinhada à transação do Direito Privado, onde a convenção ou laudo arbitral resultam de um acordo de vontades expressamente manifestadas pelas partes que, mediante concessões recíprocas, põem fim ou previnem determinada controvérsia.

No entanto, esse pensamento foi sempre criticado sob o argumento de que a Administração Pública, quando se submete ao procedimento arbitral, não está celebrando transação, mas, unicamente, transferindo o poder de decisão à figura do árbitro.²⁷⁶

Uma segunda linha de compreensão acerca da natureza jurídica da arbitragem a qualifica como sendo de cunho jurisdicional, eis que presente a figura de um terceiro sujeito, dotado de imparcialidade, decidindo, com força de coisa julgada, a solução adequada à extinção ou prevenção de um determinado litígio.²⁷⁷

A terceira é justamente a que unifica as duas anteriores, de natureza jurídica híbrida, portanto. Segundo Selma Lemes, no seu entendimento, esta modalidade “melhor se coaduna com a arbitragem, ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no seu objeto.”²⁷⁸

No entanto, entende-se que, independentemente da corrente que o intérprete venha a adotar, o caráter de transacional, de negócio jurídico bilateral, é notório, ainda que presente a figura do árbitro, enquanto terceiro.²⁷⁹

Na primeira das fundamentações acima explicitadas, a transação se qualifica como hipótese de transação extrajudicial, em que, mediante convenção de suas vontades, as partes extinguem conflito existente ou iminente.

Haverá necessidade de homologação judicial tão somente se a lei assim determinar expressamente, ou, também, se as partes assim fixarem no respectivo

²⁷⁶ LEMES, Selma Ferreira. cit., p. 73.

²⁷⁷ *Idem*, p. 60.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 60-61.

²⁷⁹ Em sentido contrário: “A transação, como já se viu, não guarda similitude com a arbitragem, em suas duas modalidades, tanto a judicial quanto a extrajudicial. Ambas as hipóteses, por sua natureza, preveem que as partes realizem concessões mútuas, enquanto na arbitragem não há consentimento ou condescendência; ambas têm o interesse de ver reconhecido o direito que postulam, e a consequente rejeição da pretensão da parte *ex adversa*.” (KROETZ, Tarcísio Araújo. cit., pp. 47-48).

compromisso. Mas, nesse caso, sem adentrar ao mérito, somente recebendo a homologação judicial eventualmente requerida.

O fato de existir um terceiro imparcial, com poderes decisórios constituídos pelas próprias partes, que atribua caráter jurisdicional à arbitragem, igualmente não desnatura sua natureza jurídica transacional. Isso porque a situação é equivalente à transação judicial, notadamente naquelas ocasiões em que o magistrado não só homologa a avença celebrada, mas, também, adentra ao mérito das questões transigidas, declarando e reconhecendo direitos, caso necessário.

Deve-se ressaltar que a arbitragem, nos termos de referida legislação de regência, não limitou a sua aplicação somente sobre as controvérsias surgidas nas relações entre particulares, incluindo em seu âmbito de abrangência o Poder Público e suas entidades controladas, até porque não os excepciona implícita nem tampouco explicitamente.

Vale dizer, a arbitragem enquanto instrumento alternativo de solução de conflitos tem aplicação facultada a todos contratantes que, sendo capazes para tanto, possam estabelecer cláusula arbitral em suas respectivas avenças, não existindo razão para se concluir que a Administração Pública estaria excluída dessa sistemática.²⁸⁰

Por certo que existem algumas peculiaridades inerentes ao Direito Público. Por exemplo, não se pode cogitar de aplicação da convenção de sigilo nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. A publicidade do procedimento e de todos os seus atos deve ser observada de modo incondicional, em face de mandamento constitucional.

Da mesma forma, verifica-se a impossibilidade de se aplicar a equidade como fundamento nas decisões arbitrais, em face do princípio da legalidade e a impossibilidade da Administração Pública dela furtar-se.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, consideradas as características acima referidas, vem, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, revelando considerável experiência do ponto de vista legislativo acerca da matéria.

²⁸⁰ Cf. ZIMMERMANN, Denny. cit., p. 82.

Vale desde logo registrar por meio da doutrina de Carlos Alberto de Salles, que “não existe no Brasil uma lei autorizando a arbitragem na Administração Pública, mas a autorização para tanto já é existente na maior parte das leis mais recentes acerca de contratos administrativos.”²⁸¹

A experiência legislativa brasileira não é recente²⁸², de modo que não se pretende fazer um cotejo minucioso, mas, isto sim, destacar alguns dos regimes jurídicos normativos mais relevantes e que, na linha acima mencionada, confirmam a validade jurídica da consensualidade nas controvérsias relacionadas ao Direito Público.

Antes do advento da Lei nº 9.307/96, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, denominada Lei de Licitações, fixou, ainda que por meio de redação aberta, a possibilidade da utilização da arbitragem em contratos administrativos, prevendo a aplicação supletiva aos mesmos da teoria geral dos contratos e demais regras do Direito Privado.²⁸³

Por ser instituto de Direito Privado, a arbitragem compreendeu-se como plenamente cabível com base nessa previsão normativa.²⁸⁴

Em seguida, teve-se o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, qualificada como Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos,

²⁸¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 240.

²⁸² NETTO, Cássio Telles Ferreira. cit., pp. 38-40.

²⁸³ Lei nº 8.666/1993, art. 54. “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

²⁸⁴ “Tal entendimento, quanto estabelecido, já está equivocado, pois efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito. Com efeito, o art. 54 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, assim dispõe: (...) Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do juízo arbitral).” (DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 65). No mesmo sentido: NETTO, Cássio Telles Ferreira. cit., p. 43. Apreciando o tema de modo crítico, anota Carlos Alberto de Salles: “Percebe-se, assim, não haver no âmbito da disciplina da Lei de Licitações um permissivo geral para arbitragem, mesmo pela via de aplicação subsidiária de outras normas. Na disciplina dessa lei, o permissivo é restrito a casos envolvendo contratos internacionais e, mesmo assim, em circunstâncias bastante específicas. Verifica-se, portanto, ainda prevalecer nesse campo entendimentos jurídicos arraigados em concepções de Estado pautadas na supremacia do interesse estatal e na unilateralidade de seus negócios. (SALLES, Carlos Alberto de. cit., p. 248).

que previu expressamente, dentre as cláusulas essenciais²⁸⁵ dos contratos administrativos por ela disciplinados²⁸⁶, aquela relacionada à solução amistosa de eventuais divergências contratuais.²⁸⁷

Vale o registro feito por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, confirmando a previsão de modo amigável das divergências em contratos dessa natureza, ao afirmar que “se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este acerto, o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo sobre os contratos administrativos típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia.”²⁸⁸

Além da previsão contida na Lei Geral de Concessões e Permissões, igualmente há referência ao procedimento arbitral para soluções de controvérsias na Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, responsável pela criação e disciplina do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAEE.²⁸⁹

²⁸⁵ “Com o advento da Lei 8.987/95, sobreveio a tão aguardada autorização legislativa ‘específica’ à adoção da cláusula compromissória pela Administração, restrita, porém, aos contratos de concessão e permissão de obra pública, serviços públicos e serviços precedidos de obra pública. Em decorrência, modificou-se a inclinação até então prevalecente no âmbito do Tribunal de Contas da União. Se ao legislador cabia formular o juízo de valor das situações em que a natureza – em princípio – indisponível do interesse público não constituiria um obstáculo à utilização da arbitragem como mecanismo dissuasório de conflitos, uma vez concedida tal autorização, não haveria mais se questionar a (in)validade da inclusão de cláusula compromissória nos contratos administrativos inseridos sob a égide da lei autorizativa.” (ZIMMERMANN, Denny. cit., p. 74).

²⁸⁶ Dentre conceitos doutrinários relevantes para o contrato de concessão, confira-se: “A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.” (JUSTEN FILHO, Marçal. cit., p. 714). “A concessão é um contrato administrativo por excelência, por meio do qual a Administração delega ao particular, mediante remuneração, a execução de serviços ou de obra pública, para que este a explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições contratuais. Esta delegação outorgada aos particulares submete-se a um regime misto, público privado.” (LEMES, Selma. cit., p. 45). Nesse mesmo sentido: GUSKOW, André. cit., p. 44.

²⁸⁷ Lei nº 8.987/1995, art. 23: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

²⁸⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. “Arbitragem nos contratos administrativos”. Revista de Direito Administrativo. v. 209. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997. p. 81-90, p. 88.

²⁸⁹ Lei nº 10.433/2002, art. 1º: “Fica autorizada a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, submetido a autorização, regulamentação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e outros agentes, na forma da regulamentação, vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, com a finalidade de

Segundo Cássio Telles Ferreira Netto trata-se de previsão legal estabelecendo “que a solução de eventuais divergências entre os agentes integrantes do MAEE se dará por arbitragem, autorizando expressamente as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, que aderirem ao MAEE, a se submeterem à arbitragem.”²⁹⁰

O MAEE foi extinto, e sucedido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, por conta do advento da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que consagrou, da mesma forma, a adoção da arbitragem para a resolução dos litígios que surgirem entre os agentes integrantes da Câmara.²⁹¹

Mais adiante, em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Lei nº 11.079, responsável por instituir as normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público Privadas – PPPs, no âmbito da Administração Pública.²⁹²

Nessa normativa, destinada a promover investimentos em infraestrutura, especialmente aqueles em que o Estado não tem condições financeiras e nem técnicas para seu desenvolvimento e execução, encontra-se expressamente prevista

viabilizar as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados. (...) §3º A forma de solução das eventuais divergências entre os agentes integrantes do MAE, será estabelecida na Convenção de Mercado e no estatuto, que contemplarão e regulamentarão mecanismo e convenção de arbitragem, a eles se aplicando os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; 520, inciso VI; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil.”

²⁹⁰ NETTO, Cássio Telles Ferreira. cit., p. 48.

²⁹¹ Lei nº 10.848/2004, art. 4º: “Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. (...) § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” Cf. KLEIN, Aline Lícia. cit., p. 89. PEREIRA, César Guimarães. “Arbitragem e a administração pública na jurisprudência do TCU e STJ.” In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

²⁹² “De todo modo, a Lei de Concessões (Lei 8.987/95), artigo 23-A (modificada pela Lei 11.196/2005) e Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), artigo 11, inciso III, que regulamentam modalidades de contrato não voltadas à regulação de um setor específico, preveem a inclusão de cláusula contratual ou de previsão no instrumento convocatório da licitação de mecanismos privados de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem. Têm, portanto, essas leis, um campo de aplicação não restrito a um setor determinado.” (SALLES, Carlos Alberto de. cit., p. 240). Cf. GUSKOW, André. cit., p. 44.

a utilização e o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, dentre elas a arbitragem regida pela Lei nº 9.703/96.²⁹³

Na realização dos empreendimentos ou prestação de serviços públicos, Poder Público e iniciativa privada constituem parcerias dessa natureza, mediante compartilhamento de riscos e financiamento obtido junto ao setor privado.

Tanto que as PPPs podem ser classificadas em duas modalidades distintas, de concessão patrocinada e de concessão administrativa. A primeira configura-se contrato administrativo em sentido estrito, por meio do qual a prestação de um serviço público é delegada a um particular, que assumirá o desempenho do mesmo perante os usuários, sendo que o poder concedente se responsabiliza em parte pela remuneração do concessionário. Nesse caso, deve-se ter em conta a necessidade de garantias especiais por parte do Poder Público.²⁹⁴

Essa concessão na modalidade patrocinada é, no entender de Selma Lemes, “a concessão de serviços ou obras públicas prevista na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, §1º).”²⁹⁵

No que diz respeito à concessão na modalidade administrativa, conforme ensina Marçal Justen Filho, “é um contrato administrativo em sentido estrito, de objeto complexo e duração continuada, que impõe a um particular obrigações de dar e fazer direta ou indiretamente em favor da Administração Pública, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos e objeto de garantias diferenciadas.”²⁹⁶

Somente quando finalizada e entregue o empreendimento ou prestado o respectivo serviço público é que a iniciativa privada participante começa a receber

²⁹³ Lei nº 11.079/2004, art. 11: “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

²⁹⁴ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 772.

²⁹⁵ LEMES, Selma. cit., p. 47.

²⁹⁶ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 773-774.

sua remuneração. Seja por meio de recursos públicos genuínos, seja por meio de remuneração atrelada à cobrança de tarifa dos respectivos usuários.²⁹⁷

Em ambas as modalidades apresentadas se trata indistintamente de típica relação de natureza contratual em que o Poder Público se sujeita às regras do regime jurídico de Direito Privado, inclusive no tocante à solução de controvérsias por meio do procedimento arbitral.²⁹⁸

2.4.1 O consenso e a indisponibilidade do interesse público

Não faz parte do escopo da presente investigação científica realizar uma teorização que culmine numa definição precisa e ou definitiva acerca da noção contemporânea de interesse público. Mesmo porque essa tarefa vem sendo continuamente desenvolvida pelos operadores no âmbito da Ciência do Direito.²⁹⁹

No entanto, para que se possa confirmar o que acima foi dito, e, também, demonstrado pela experiência legislativa federal acima detalhada, mostram-se necessárias algumas considerações no sentido de afastá-lo como dogma intransponível à adoção de soluções consensuais de conflitos em que esteja envolvida a Administração Pública, bem como relacionados aos interesses públicos, por conta de sua superada noção de indisponibilidade absoluta.

²⁹⁷ NETTO, Cássio Telles Ferreira. cit., p. 49.

²⁹⁸ “A Lei nº 11.079 admitiu a utilização do instituto da arbitragem para composição de litígios, o que conduz à possibilidade de decisões em prazo mais reduzido de tempo.” (Cf. FILHO, Marçal Justen. cit., p. 779). No mesmo sentido: “Os contratos de parcerias públicos-privadas podem estipular a arbitragem como forma de dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, estabelecendo que a arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (art. 11, inciso III). A arbitragem nestes tipos de contratos administrativos assume papel importante e definidor do negócio”. (LEMES, Selma. cit., pp. 47-48). De acordo com César Guimarães Pereira: “Todos os serviços públicos comerciais e industriais podem, em maior ou menor extensão, ser objeto de concessão ou PPP. A disciplina da solução de conflitos entre o Poder Público (poder concedente e o concessionário deverá seguir tais previsões legislativas e estipular o cabimento da arbitragem.” (cit., p. 143).

²⁹⁹ “Tomo, para exemplificar, o conceito de *interesse público*. *Indeterminado* o termo desse conceito – e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço – a sua interpretação [*interpretação = aplicação*] reclama a *escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada*.” (GRAU, Eros Roberto. “Conceitos indeterminados”. In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 124).

Deve-se partir do pressuposto de que não existe critério jurídico uniforme e seguro que tenha a função de distinguir os bens e direitos disponíveis daqueles qualificados como indisponíveis, levando-se em conta a sua significação.

A dificuldade reside na circunstância pela qual a categoria dos direitos disponíveis se apresenta contida nos denominados conceitos jurídicos indeterminados, principalmente em decorrência de seus termos serem ambíguos e imprecisos. Se por um lado encontra-se suficientemente claro que a indisponibilidade decorre da primazia do valor que a regra pretende tutelar, no lado oposto a identificação de quais sejam as hipóteses em que mencionada ascendência deve ser verificada nem sempre demonstra ser tarefa simples.

Afirma-se isto por qualificar-se dita indisponibilidade desses direitos como conceito jurídico indeterminado, identificando-se a contraposição entre as zonas de certeza positiva e negativa, com toda a gama de incertezas no núcleo dessa interseção.

A separação e classificação dos direitos relacionados ao Estado, à Administração Pública, como indisponíveis, e, ao mesmo tempo, privados como sendo disponíveis, não se mostra suficiente do ponto de vista jurídico.

Tanto que existem interesses públicos disponíveis quanto interesses privados indisponíveis. De modo que se revela adequada a diferenciação pelo critério segundo o qual, predominantemente, os direitos públicos são indisponíveis e os direitos privados são disponíveis.

Dispor corresponde ao poder que detém o titular quanto à gestão de seus interesses particulares, no contexto de sua vida privada, sem sofrer qualquer tipo de intervenção estatal ou de terceiros. Em sentido estrito, dispor corresponde poder transmitir direitos ou a eles renunciar.

A indisponibilidade será absoluta naqueles casos em que o tipo de vínculo que associa as partes relacionadas mostra-se insuscetível de apropriação, como já exemplificado anteriormente, naquelas situações envolvendo nome ou filiação.

De outro lado, a indisponibilidade será considerada relativa quando essa qualificação lhe é atribuída por força de lei ou, se for o caso, por decorrência de avença dos interessados.

A indisponibilidade do interesse público decorre da circunstância pela qual sendo este de titularidade de toda a sociedade, não admite o exercício de poderes de disposição por qualquer pessoa, mormente pelo agente público.

Esse o entendimento manifestado por Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da questão: “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.”³⁰⁰

Com relação à indisponibilidade do interesse público, mais especificamente dos bens e direitos públicos, essa regra somente pode ser objeto de disposição quando houver deliberação legal nesse sentido.

Vale dizer, somente a lei poderá afirmar exceção à regra geral da indisponibilidade, reputando um bem ou direito de interesse público como disponível ou não.³⁰¹

No entanto, necessário levar-se em conta o conteúdo dessa previsão legal autorizadora.

Com efeito, disso decorre que o instrumento legislativo autorizador da disponibilidade, através de transação, por exemplo, deverá conter minimamente os elementos que permitam identificar de modo objetivo as situações concretas em relação às quais a regra geral da indisponibilidade do interesse público encontre-se excepcionada.

Sem que seja observada essa necessidade de detalhamento e definição dos destinatários específicos da legislação autorizadora do ato de disposição não é possível identificar quais os direitos qualificados como disponíveis. Caso não observado esse pressuposto, não há como se saber sobre quais desses direitos poderá incidir a modalidade transacional de término ou prevenção de controvérsias.³⁰²

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 73-74.

³⁰¹ “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração.” (*Idem*, p. 75).

³⁰² Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. cit. p. 17.

Ainda assim, o dogma da indisponibilidade absoluta do interesse público continua sendo utilizado de modo equivocado e exacerbado, dele extraindo restrições que não tem fundamento de validade no sistema jurídico. Em caráter absoluto, dele se utiliza para afirmar a total ausência de disponibilidade nos interesses envolvendo a Administração Pública, vedando qualquer forma de negociação ou transação no âmbito do Poder Público.³⁰³

A esse respeito, conforme registrado por Luciane Moessa de Souza, “persiste, ainda, como suposta barreira para a transigibilidade, o dogma da ‘indisponibilidade do interesse público’, como se transigir com relação ao interesse público implicasse renúncia ou abandono, ainda que parcial, da proteção de interesses gerais em benefício de interesse(s) particular(es).”³⁰⁴

Parte-se do pressuposto equivocado pelo qual todo e qualquer interesse público seria indisponível.³⁰⁵

Ao mesmo tempo, se utiliza de um argumento – igualmente insuficiente – de reserva de jurisdição, vale dizer, pelo argumento já vencido acima segundo o qual toda e qualquer disputa envolvendo assuntos da Administração e do interesse público deverão ser submetidos previamente ao Poder Judiciário. Mesmo nas hipóteses da matéria, conforme antes tratado, já ter sido objeto de sedimentação jurisprudencial no STF.³⁰⁶

Além disso, verifica-se, também de maneira distorcida, uma extensão indevida da noção de indisponibilidade do interesse público para que se dê um falso fundamento de validade à noção de indisponibilidade dos interesses e, por consequência, dos bens públicos.

Segundo judiciosa lição de Marçal Justen Filho, o argumento não procede na medida em que os particulares e o Poder Público convencionam não só o conteúdo da relação jurídica propriamente dita, como por exemplo, um contrato administrativo, mas também as condições para a composição de eventuais conflitos que dela venha

³⁰³ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. cit., p. 293.

³⁰⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 170.

³⁰⁵ Cf. FILHO, Marçal Justen. cit., p. 768.

³⁰⁶ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. cit., p. 293.

a surgir. Negar-se a possibilidade de que Estado e particular convençionem acerca da solução amistosa de controvérsias advindas de referida relação jurídica, segundo referido Autor, “conduziria a excluir a existência dos contratos administrativos.”³⁰⁷

Na verdade não se trata de uma indisponibilidade absoluta nem dos interesses e nem tampouco dos bens públicos. Em outro sentido, qualifica-se como válida a disponibilidade condicionada do interesse público em geral, neste considerados os bens e direitos públicos.

Além da justificativa de disposição e sua finalidade, deve existir previsão legal expressa determinando precisamente quais são os requisitos para que respectiva disponibilidade possa ser realizada.

O espaço de atuação da Administração Pública deve estar circunscrito à lei, com margem de discricionariedade por esta delimitada previamente.

De modo diverso ao que ocorre em relação aos particulares, o espaço de liberdade não se estende às situações de anomia, em que se verifica a falta de regulamentação pelo ordenamento jurídico.

Revela-se, pois, imprescindível para a Administração Pública a existência de um comando legal específico, consistente em um permissivo dessa natureza, visando autorizar a prática de determinada modalidade de ato ou atividade.³⁰⁸

No entanto, válido salientar que essa legislação autorizativa, partirá sempre de uma presunção *juris tantum* segundo a qual o comportamento aplicável à Administração Pública, de disponibilidade de interesses públicos, traduz um critério legítimo de atuação do Poder Público. Em suma, não se trata de abdicar do interesse público, mas, isto sim, buscar a sua afirmação em face das

³⁰⁷ Cf. FILHO, Marçal Justen. cit., p. 768.

³⁰⁸ *Idem*, p. 237. Luciane Moessa de Souza critica essa posição, dando margem e espaço à interpretação: “Seria, no mínimo, ingênuo, porém, pensar que a legislação sempre traz balizas suficientes para identificar, à primeira vista, qual a solução a ser dada a cada problema concreto, de modo que, dentro dos supostos limites traçados pelo ordenamento, muitos caminhos podem ser vislumbrados. Basta pensar na complexidade colocada pela colisão entre direitos fundamentais, problema para o qual a melhor solução que a doutrina constitucional conseguiu elaborar até o momento foi a técnica da ponderação caso a caso, buscando preservar o núcleo essencial de cada direito.” (cit., p. 172.).

particularidades de um caso concreto, tendo sempre como parâmetro os contornos legais, porém, sem apego à literalidade da lei.³⁰⁹

Aliás, esse foi justamente o fundamento utilizado pelo STF para julgamento relativamente recente, ocorrido acerca da validade da transação celebrada pelo Poder Público.³¹⁰

Efetivamente, nesse acórdão específico, o Pretório Excelso não considerou relevante o fato de o Estado figurar como parte relacionada na avença transacionada, ou existir legislação específica autorizativa, mas, isto sim, a validade do acordo celebrado em face da sua ausência de onerosidade.³¹¹

³⁰⁹ “A adoção de meio diverso do formalmente previsto em lei só pode ser levada a cabo quando o juízo de que atende melhor aos objetivos legais se encontrar em uma zona de certeza positiva, ou seja, se estiver fora de dúvidas que o meio não previsto expressamente em lei atende melhor aos seus objetivos. Se houver juízos razoáveis (mesmo que não unânimes) de que o meio previsto na lei poderia ser igualmente eficiente do ponto de vista do atendimento aos interesses públicos alvejados, ela deverá ser prestigiada.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. cit., p. 9). Nesse mesmo sentido, confira-se: VALLE, Vanice Regina Lírio do. cit. p. 13.

³¹⁰ “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 253885, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21/06/2002, p. 118)

³¹¹ “Segundo a Ministra, foi preciso, neste caso, afastar o princípio da indisponibilidade do interesse público para melhor proteger o interesse público. Em realidade, como se vê da descrição do caso, o Poder Público, além de finalmente anular ato ilegal que havia praticado, obteve vantagem econômica na transação. Na realidade, o que se afastou foi uma noção equivocada de intransigibilidade em prol de mero e simples cumprimento da legalidade.” (SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 172). Em termos críticos, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho tece os seguintes comentários a respeito do julgado em comento: “Nesse acórdão mais recente, portanto, não se admitiu uma transação contra expressa previsão de lei, em nome do princípio da eficiência; pois não havia previsão legal de o ente da Federação celebrar transação, muito menos havia vedação legal de que acontecesse o acordo da forma em que foi celebrado. Na espécie, ocorreu, simplesmente, a atuação do poder discricionário da Administração, no âmbito dos ‘brancos’ da lei, como forma paralela de integração ou complementação do ordenamento jurídico, tendo em vista o melhor atendimento do interesse público, que é o cumprimento da lei e do direito, no mesmo espírito do disposto na Lei n. 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, inciso I. Insista-se, não foi dada, em absoluto, carta branca para que a Administração transigisse contra expressa disposição de lei ou que adentrasse no bojo de matéria submetida à reserva legal.” (Cf. FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. “A transação e a arbitragem no Direito Constitucional-Tributário Brasileiro.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49).

Relevante notar que nas oportunidades anteriores, tanto o STF quanto o STJ, haviam decidido as questões dessa natureza sob o enfoque material, limitando-se, assim, a aferir a existência ou não de lei autorizativa de competência para fins de acordo que implique em disponibilização dos interesses e bens públicos.

No precedente histórico do STF, denominado “caso Lage”, admitiu-se a presença da Fazenda Pública em procedimento arbitral, eis que privilegiado, no respectivo caso concreto, o interesse público.³¹²

De modo específico, nesse julgado o STF considerou válida e constitucional a lei federal que havia instituído juízo arbitral com cláusula de irrecorribilidade, mesmo em se tratando de causas envolvendo o Poder Público.³¹³

Segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, referido “caso sedimentou entendimento de que em nosso modelo seria plausível e possível o regime de arbitragem, ainda que em nicho de Administração Pública.”³¹⁴

³¹² “INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSAGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. (omissis) 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO.” (STF, AI 52181, Relator Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15/02/1974).

³¹³ Cf. FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. “A transação e a arbitragem no Direito Constitucional-Tributário Brasileiro”, p. 48.

³¹⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução...*, p. 136. Esse mesmo autor apresenta os seguintes detalhes de referido precedente: “Há notícias de discussão em torno da arbitragem em matéria pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, há registro histórico de muita importância, no sentido de se sufragar a prestabilidade do uso da arbitragem em assuntos afetos à Administração. Refiro-me ao Caso Lage, discutido no Agravo de Instrumento n. 52.181/Guanabara, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, e julgado em 31 de outubro de 1973. É notícia histórica que desmistifica visão convencional, que refutaria a flexibilização no trato da coisa pública. O espólio de Henrique e de Renaud Lage ajuizou ação em face da União para a cobrança de indenização que foi fixada por um juízo arbitral. (...) Em primeira instância julgou-se procedente o pedido, para o fim do pagamento da indenização, tal como fixado na decisão de arbitramento. A ação subiu para o antigo Tribunal Federal de Recursos. Percuciente voto do Ministro Godoy Ilha deu pela prestabilidade do laudo, no sentido de que nossa tradição normativa o aceitaria. Insistiu na natureza consensual do pacto de compromisso. Cláusula de irrecorribilidade da sentença arbitral seria perfeitamente legítima, e não atentaria contra a Constituição. A homologação seria dispensável. Não se tratava de juízo ou tribunal de exceção, como pretendia a Fazenda Pública, ao anunciar que não cumpriria a decisão do arbitramento. (...) Bilac Pinto reportou-se ao voto de Godoy Ilha. Concluiu que tinha por incensurável a decisão recorrida, quer no que referia à constitucionalidade e à legalidade do Juízo Arbitral, quer no que

Também no âmbito do STJ³¹⁵, conforme referido, verifica-se relevante precedente envolvendo controvérsia relacionada à área portuária e juízo arbitral em

se referia à condenação do pagamento dos juros de mora, nos termos nela fixados." (*Transação tributária: introdução...*, pp. 134-136).

³¹⁵ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. (*omissis*). 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399). 7. Veras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. 8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. 12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. 13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público

que figurou sociedade de economia mista como parte relacionada, reconhecendo existirem direitos que muito embora assinalados ao Poder Público não são únicos e exclusivamente por conta dessa circunstância considerados como indisponíveis.

Ainda que a jurisprudência possa parecer remansa sobre a matéria, a mesma vem se mostrando, ainda, vacilante em alguns julgados, especialmente perante o próprio STJ.³¹⁶

não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418). (*omissis*).” (STJ, MS 11308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008).

³¹⁶ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O QUAL SUPOSTAMENTE RECAI A CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DISSÍDIO COM JULGADOS DO STF. PRECEDENTES. AÇÃO DE COBRANÇA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ACORDO FIRMADO. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. TRANSAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. (*omissis*) 3. Discute-se nos autos a legalidade de acordo firmado entre o recorrente e o Município de Goioerê/PR, no qual se transacionou a compensação dos débitos existentes na Ação Civil Pública de n. 97/2001 com os créditos que seriam apurados na Ação Ordinária de Cobrança n. 300/2004, decorrentes de subsídios a que o autor teria direito pelo exercício do cargo de Vereador e Presidente da Câmara Municipal na gestão 1993/1996, além do pagamento de crédito remanescente a ser pago pelo Município no valor de R\$ 15.000,00. 4. A insurgência especial está embasada na alegada ofensa ao disposto nos artigos 475, I, e 269, III, ambos do CPC, asseverando o recorrente que a sentença homologatória extinguiu o processo com julgamento de mérito, inexistindo qualquer nulidade, na medida em que teve anuência do Ministério Público. Acrescenta que a sentença exarada não contraria os interesses do Município, e, por tal razão, não se sujeita ao reexame necessário. 5. Na hipótese dos autos, o Município, com a realização do acordo, admitiu como devidos valores que sequer foram apurados judicialmente, e ainda terá que desembolsar mais uma quantia de R\$ 15.000,00 a serem pagos ao ora recorrente em prestações de R\$ 1.000,00. Em sendo assim, revela-se notoriamente desfavorável ao ente público a decisão homologatória da transação formulada entre as partes, que ostenta a natureza de sentença de mérito, dando ensejo a sua submissão ao duplo grau de jurisdição, segundo a regra do artigo 475, inciso I, do CPC. 6. Outro aspecto relevante a ser apreciado diz respeito à impossibilidade de Municipalidade firmar acordo semelhante ao que fora celebrado nos autos, em que reconheceu a existência de uma dívida e compensou-a com créditos discutidos em ação civil pública, vez que se tratam de direitos patrimoniais de caráter indisponível. 7. Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo Código Civil, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, *in casu*, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau. (*omissis*).” (STJ, REsp 1198424/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

A estabilidade jurisprudencial deve prevalecer no sentido acima explicitado, ou seja, que se enfoque o tema a partir dos aspectos material e formal, respectivamente.

Da mesma forma, a questão da indisponibilidade do interesse público deve também ser interpretada adequadamente em face das questões de cunho patrimonial.

Com efeito, na linha de pensamento apresentada por Eros Roberto Grau, prevalece o entendimento segundo o qual não se pode confundir "disponibilidade de direitos patrimoniais" e "indisponibilidade do interesse público", pois não se verifica correlação lógica entre ambos. Assim, sempre que a Administração Pública figurar com parte interessada que necessariamente importe em disponibilidade de direito patrimonial, num determinado vínculo relacional, poder-se-á convencionar condições acerca desse mesmo vínculo, sem que isso importe em disposição do interesse público.³¹⁷

Deve, com isso, haver uma diferenciação entre o interesse público e o interesse do Estado, pois, segundo alertado por Marçal Justen Filho, "o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público."³¹⁸

³¹⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 303-314.

³¹⁸ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 120. Nesse mesmo sentido, confira-se: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONGELAMENTO DE TARIFAS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 82, III, DO CPC. FACULTATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS INDISPONÍVEIS. NULIDADE NÃO-CONFIGURADA. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A simples presença de pessoa jurídica de direito público não determina, por si só, a intervenção obrigatória do Ministério Público. O interesse público também não pode ser confundido com o interesse patrimonial do Estado, tampouco em razão do elevado valor da eventual indenização a ser paga pela Fazenda Pública. 2. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 465.580/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 8.5.2006, p. 178; REsp 490.726/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.3.2005, p. 219; AgRg no REsp 609.216/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 31.5.2004, p. 370; REsp 327.288/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 17.11.2003, p. 330; AgRg no REsp 278.770/TO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 5.5.2003, p. 239; REsp 137.186/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10.9.2001, p. 274; REsp 154.631/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 3.11.1998, p. 189; REsp 64.073/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 12.5.1997, p. 18.796; RE 96.899/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 5.9.1986, p. 15.834; RE 91.643/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 2.5.1980, p. 963. 3."A ação indenizatória intentada contra o Estado, buscando reparação fundada no rompimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão de

Por essa razão Adilson Abreu Dallari sustenta que o “interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública.”³¹⁹

A Fazenda Pública tem o dever de arrecadar, além de outros tipos de receitas, aquelas de natureza tributária e que contribuem, juntamente com outros tipos de receitas, como as patrimoniais, por exemplo, para o custeio das necessidades públicas.

Nesse contexto, o interesse primário está relacionado a estas necessidades públicas propriamente ditas, de cunho geral, que configuram os deveres do Estado promover a saúde, educação, segurança, previdência social. Os recursos, melhor dizendo, as receitas públicas destinadas ao custeio dessas necessidades básicas não deixam de ser interesse público, mas, porém, de natureza secundária e disponíveis nos termos e condições fixados em lei sobre a matéria.

No caso dos tributos, existem mecanismos, inclusive de natureza extrafiscal, por meio dos quais o Estado pode optar, nos termos da lei, em oferecer determinados benefícios fiscais, por meio de isenções, remissões e anistias, dentre outros, que resultem no recolhimento de menor volume de recursos por parte dos particulares ao Erário. Essa disponibilidade, por meio desses mecanismos condicionados por lei formal e material, somente ocorre porque a função administrativa de fiscalizar e arrecadar qualifica-se como destinada a atender o interesse público secundário, ou seja, servir de instrumental para que se alcance o interesse público primário.

As necessidades públicas gerais correspondem, então, ao interesse público primário, sendo este custeado pelas receitas públicas tributárias, que são interesse público secundário.

O Estado, nessa mesma linha, enquanto pessoa de Direito Público pode qualificar-se como titular de interesses que lhes são particulares, de modo

transportes aéreos, não requer, obrigatoriamente, a intervenção do Ministério Público, não se justificando a nulidade do processo em razão desta ausência.” (excerto da ementa do REsp 628.608/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 21.2.2005, p. 113). 4. Provimento do recurso especial, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito do recurso de apelação.” (STJ, REsp 801028/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 08/03/2007, p. 168)

³¹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. “Validade de transação entre o poder público e particular.” *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 172.

semelhante ao que ocorre com os demais sujeitos de Direito Privado. Nesse caso, o interesse do Estado não se qualifica como sendo interesse público, mas interesse individual do ente enquanto pessoa de Direito Público.³²⁰

Daí decorre, então, que o interesse público não equivale ao interesse da Administração Pública e, portanto, não corresponde ao interesse do aparato do Estado.³²¹ Em linha com esse entendimento, Natalia De Nardi Dacomo consigna que “o interesse é público não por ser de titularidade do Estado; ao contrário, é atribuído ao Estado por ser público.”³²²

O interesse público primário, por decorrência, será o único interesse que a Administração Pública almeja alcançar; especialmente na medida em que, na visão de Paulo Osternack Amaral, “o interesse dito ‘secundário’ não é um interesse público propriamente dito, mas interesse similar ao de qualquer outro sujeito”³²³, disponível, por assim dizer, nos termos da lei.

Essa diferenciação é trabalhada na doutrina nacional por Celso Antônio Bandeira de Mello, tendo por base a doutrina italiana de Renato Alessi, ao referir, segundo o Autor, “que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.”³²⁴

Por conclusão dessa linha de entendimento exposta, o interesse da Administração Pública, enquanto pessoa de Direito Público, por ser um interesse similar ao de qualquer outro sujeito, poderá, nos termos e condições que a lei exigir, ser disponível, posto que secundário.³²⁵

³²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. cit., p. 65.

³²¹ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 121.

³²² DACOMO, Natalia De Nardi. cit., p. 72.

³²³ AMARAL, Paulo Osternack. cit., p. 58.

³²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. cit., p. 66.

³²⁵ “Assim, observa-se que a noção de interesse público reflete na própria organização da Administração Pública, já que a expressão refere os interesses da sociedade (interesse público primário) e não os da máquina administrativa, Fisco, (interesse público secundário).” (DACOMO, Natalia De Nardi. cit., p. 72).

Conclui-se, também, que o interesse público primário, na sua essência, é indisponível em qualquer situação.³²⁶

Nesse ponto, identifica-se outro argumento relevante que surge da própria essência da noção de interesse público e sua indisponibilidade.

Marçal Justen Filho é claro ao ensinar a supremacia do interesse público, no âmbito do Estado Democrático de Direito, está submetida à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.³²⁷

Dito anteriormente, e aqui necessário ressaltar, a Constituição Federal contém princípios e regras que erigem a participação democrática do particular à categoria de direito e garantia fundamental.

A participação e colaboração dos particulares, no âmbito do Estado Democrático de Direito, realiza a democracia participativa preconizada pelo texto da Constituição Federal, e, assim, garante e promove os direitos fundamentais.

Nessa ordem de colaboração e participação do particular no desempenho das tarefas públicas, encontram-se inseridas as técnicas convencionais de soluções de controvérsias, onde, os particulares e o Poder Público avençam, com base em diretrizes emanadas do conjunto de princípios e regras da Constituição Federal, prevenindo ou extinguindo conflitos, de modo a garantir a promoção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, afigura-se inquestionável que o próprio sistema jurídico, considerada sua unidade, reconhece a validade jurídica e acolhe as soluções convencionais de controvérsias que envolvam o Poder Público ou de interesse público, no sentido de coletivo, qualificando-os como mecanismos de promoção do próprio interesse público, enquanto expressão dos direitos e garantias fundamentais.

Essa conclusão não é despropositada, ao revés, tem embasamento próprio.

Ao serem qualificados os métodos alternativos de soluções de controvérsias envolvendo a Administração e o interesse públicos à categoria de promotores dos

³²⁶ Nesse sentido: “O interesse público primário é relativo à sociedade como um todo; trata-se do interesse de cada cidadão, do interesse positivado como público. O Estado tutela interesses imprescindíveis à sociedade, pelo fato de estarem relacionados ao bem-estar, à saúde, à segurança, qualificados pelo ordenamento legal como concernentes ao ‘interesse público’.” (*Idem*, pp. 72-73).

³²⁷ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 131.

direitos e garantias previstos na Constituição Federal, estar-se-á reforçando o aparato jurídico destinado a proteger referido instrumental de consenso, e sua aplicação no ordenamento jurídico, contra as alegações de ofensa absoluta ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

É dizer, pois, que não se pode pretender a partir desse entendimento que a alegação de supremacia do interesse público sobre o particular, num pretensão patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e garantias fundamentais, seja aplicada como se fosse uma *cláusula geral de restrição* ao seu exercício.

A esse respeito, lição de Paulo Ricardo Schier em ensaio específico sobre o assunto, é que “não existe portanto, em vista do regime jurídico de aplicação, colisão e, mormente, restrição dos direitos fundamentais, um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de preferência ou supremacia do interesse público sobre o privado.”³²⁸

Reconhecer a validade jurídica do consenso com o Poder Público é, em última análise, realizar o interesse público, promovendo direitos e garantias fundamentais, relacionados à democracia participativa e colaborativa do cidadão, não cedendo, assim, à visão autoritária segundo a qual todo o interesse do Estado é público e, por consequência, indisponível.

Mais adiante o tema será novamente apreciado em relação à indisponibilidade do crédito tributário propriamente dito, mas não se trata de colisão entre princípios, supremacia do interesse público e participatividade do particular na realização do interesse público, mas, isto sim, entre princípio e regra.

Com efeito, a regra jurídica, em plano infraconstitucional, assume o papel conformador³²⁹ dos valores democráticos de participatividade e colaboração, autorizando, com limites e condições específicos, que o agente público exerça seu

³²⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais.” *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 5, Curitiba, 2004, p. 544.

³²⁹ De acordo com o ensinamento de Juarez Freitas, as regras “são prescrições ou normas estritas, destinadas a propiciar concreção eficaz aos princípios, objetivos e direitos fundamentais”, e, assim, “visam a dar a máxima e crescente eficácia a rede de princípios e de valores supremos.” (cit., p. 229).

poder discricionário para adotar, num regime de consenso, a solução mais adequada ao caso concreto.

O comando constitucional, informador dos direitos e garantias vinculados à participatividade do particular na realização do interesse geral, é direcionado para o legislador e aos particulares. Assim leciona Heleno Taveira Torres, dizendo, a despeito da diversidade de opiniões doutrinárias sobre a matéria, que “à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos e os poderes públicos sujeitam-se à Constituição e ao ordenamento, como seus efetivos destinatários, sem exceções.”³³⁰

As condutas, no caso, são impostas aos particulares pelo legislador em atenção ao princípio da legalidade, ou seja, a exigência das obrigações legais se dá com base na previsão da lei, num processo de concretização da norma principiológica em consonância com o valor a ela inerente.³³¹

Nesse caso, essa mesma regra jurídica, e não o direito e garantia fundamental da democracia participativa, é que entra, supostamente, em colisão com o dogma da indisponibilidade do interesse público.

Não há, na hipótese da regra jurídica em comento, colisão de princípios de natureza constitucional, não se cogitando da aplicação de ponderação.

A bipolaridade dos valores é inequívoca: (i) participação democrática do particular por meio de consenso nas questões envolvendo o Poder Público e o interesse geral e (ii) indisponibilidade desse interesse público.

No entanto, necessário considerar que valores não se anulam, pois, conforme destaca Paulo Ricardo Schier: “Interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro.”³³²

Não se configura, nesse caso, colisão de princípios, isto, sim, da regra supostamente contrária com o respectivo princípio ofendido, não comportando,

³³⁰ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, p. 333.

³³¹ “E, nesse caso, o *âmbito normativo* deverá sempre ser examinado diante da situação fática e à luz do estágio evolutivo do valor constitucional, pela sua capacidade de expansão axiológica no ordenamento.” (*Idem*, p. 547).

³³² SCHIER, Paulo Ricardo. cit., p. 544.

assim, solução por meio de métodos de ponderação ou sopesamento para a construção da norma individual e concreta.

A solução, nessa hipótese, é dada pelo próprio sistema que, por meio de mecanismos que lhe integram, passa a eliminar as contradições normativas.

Nesse caso, prevalece a aplicação dos critérios de interpretação e hermenêutica, direcionada a construir a norma individual e concreta, por meio da qual se alcança a significação dos textos e respectivas disposições, partindo-se de um determinado conjunto de pré-significações.

Portanto, não se tratando da hipótese de colisão entre princípios, soluciona-se o impasse a partir da interpretação e não do sopesamento.

Ou seja, a regra jurídica antes mencionada, por conta da hermenêutica da situação apresentada, ausente qualquer ponderação, seria declarada inconstitucional posto que contrária ao princípio da indisponibilidade do interesse público, sistematicamente erigido do texto da Constituição Federal.

Nem poderia ser de outra forma conforme ensinamento de Heleno Taveira Torres segundo o qual “a segurança jurídica material do ordenamento não pode conviver (i) com restrições a princípios (inclusa a derrotabilidade) ou (ii) com prevalência ou de ‘regras’ sobre ‘princípios’, na medida em que a produção da regra de conduta depende da máxima otimização dos princípios e as regras somente serão válidas se confirmadas à luz dos valores integrados à ordem constitucional (validade material).”³³³

Portanto, não se configura ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público a utilização dos mecanismos alternativos de soluções de controvérsias nas questões envolvendo o Poder Público e o interesse geral.

Em última análise, caso se verifique que a lei limitadora e condicionadora da margem discricionária do Administrador Público para acordar soluções e outras avenças envolvendo o Poder Público confronta-se diretamente com outras normas integrantes do sistema, notadamente normas que veiculam princípios, como por exemplo, da indisponibilidade do interesse público, caberá ao intérprete dirimir essa confrontação em face de cada caso concreto.

³³³ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, pp. 332-333.

Nesse contexto, tem-se que a modalidade da arbitragem instituída pela Lei nº 9.307/96, já declarada constitucional pelo STF, configura instrumento de solução de litígios entre partes capazes, com efeitos equiparáveis à coisa julgada formal e material, relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

Quanto ao seu emprego pelo Poder Público, são inúmeras as experiências legislativas identificadas no Direito Positivo brasileiro que permitem sua aplicação em controvérsias envolvendo o Estado e seus órgãos, mormente em matéria de contratos administrativos.

Na linha acolhida pela jurisprudência do E. STF, a instituição de cláusula arbitral afigura-se perfeitamente aplicável nas questões envolvendo o Poder Público, firme na doutrina que comunga deste mesmo entendimento, valorizando a predominância do aspecto patrimonial, ou seja, quando referidas questões envolverem direito patrimonial disponível.

No Brasil, sensível a tais sedimentações da doutrina e da jurisprudência, e atenta às necessidades de realização dos direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, de segurança jurídica e justiça, a Advocacia-Geral da União – AGU, por meio de legislação específica, instituiu a arbitragem no âmbito da Administração Pública federal, conforme a seguir explicitado.

2.4.2 A experiência da Câmara de Arbitragem da AGU

A transigibilidade tendo como parte Poder Público e objeto o interesse público, nas palavras de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “suscita certa convergência conceitual com as Câmaras de Conciliação e Arbitragem junto à Administração Pública Federal.”³³⁴

Com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, foi instituída no ordenamento jurídico pátrio previsão legal autorizando à AGU a adoção

³³⁴ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de. *Transação tributária: introdução...*, p. 131.

de procedimentos administrativos visando à solução de controvérsias entre órgãos da Administração indireta, e entre aqueles e a União.³³⁵

Abriu-se, assim, a possibilidade – e oportunidade – de criação de sistemas de conciliação, no âmbito da AGU, nas hipóteses vinculadas aos interesses de entes da administração federal, inclusive as pessoas jurídicas integrantes da administração indireta, a exemplo das autarquias e fundações públicas federais.

A primeira experiência verificou-se quando editada a Portaria nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, mediante a criação de câmaras de conciliação *ad hoc*³³⁶, com a finalidade precípua de resolver controvérsias envolvendo órgãos integrantes da Administração Pública federal.³³⁷

³³⁵ *Medida Provisória nº 2.180-35/2008*, art. 11: “Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União. Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.”

³³⁶ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., pp. 277-278.

³³⁷ *Portaria nº 118/2007*, arts. 1º, 2º e 3º: “Art. 1º Até que seja instituída câmara permanente e regulamentada a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, o Advogado-Geral da União poderá instalar câmaras de conciliação *ad hoc* com a finalidade de deslindar, na esfera administrativa, controvérsias entre órgãos e entidades da União, conforme prevê o parágrafo único do art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Art. 2º No ato de instalação de câmara de conciliação *ad hoc* o Advogado-Geral da União designará o seu coordenador e demais integrantes e, se necessário, baixará instruções específicas para a conciliação. Parágrafo único. Os órgãos e as entidades envolvidos na controvérsia indicarão ao Advogado-Geral da União os seus representantes para integrar a câmara. Art. 3º A coordenação de câmara de conciliação *ad hoc*, quando não exercida pelo Advogado-Geral da União, caberá, preferencialmente, à Consultoria-Geral da União. §1º A critério do Advogado-Geral da União, também poderão ser designados para coordenar câmara de conciliação *ad hoc*: I - a Procuradoria-Geral da União; II - a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; III - à Procuradoria-Geral Federal; e IV - outros órgãos ou integrantes da Advocacia-Geral da União. §2º O dirigente do órgão responsável pela coordenação da câmara, poderá designar representante para sediar as suas reuniões e trabalhos. §3º Quando órgão mencionado no §1º integrar câmara de conciliação *ad hoc* o seu dirigente poderá indicar, ao coordenador da câmara, representante para participar de suas reuniões e trabalhos. §4º A Consultoria-Geral da União integrará todas as câmaras, podendo o Consultor-Geral da União designar representante para participar das reuniões de mediação e demais trabalhos de conciliação. §5º Ainda quando não designados para integrar determinada câmara de conciliação, poderão participar de suas reuniões e trabalhos, a critério do coordenador e mediante solicitação do interessado: I - a Procuradoria-Geral da União, quando a questão estiver em juízo e envolver a Administração Federal direta, respeitada a competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; II - a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, quando a questão envolver matérias de sua competência; e III - a Procuradoria-Geral Federal, quando a questão envolver autarquia ou fundação da União. §6º Os dirigentes dos órgãos de que trata o §5º poderão indicar, ao coordenador da câmara, representante para participar das reuniões e dos trabalhos da câmara.”

A sua existência efêmera justificou-se basicamente pela ausência de estrutura permanente no âmbito da AGU, sendo instalado o procedimento na medida em que identificada nova situação passível de solução, com a necessidade de designação de integrantes e instruções específicas para o feito arbitral.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal — CCAF foi instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007³³⁸, posteriormente alterado pelo Ato Regimental nº 2, datado de 9 de abril de 2009.³³⁹

Com efeito, ao disciplinar, sob o aspecto institucional e estrutural da Consultoria-Geral da União – CGU, como órgão permanente, houve a previsão expressa quanto à criação da CCAF, sua função e objetivos.

Ao fazer referência a essas funções e objetivos, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy diz caber “à aludida Câmara, enquanto órgão da Consultoria-Geral da União, conciliar os interesses divergentes dos diversos órgãos e entidades da Administração Federal, evitar a judicialização de demandas envolvendo órgãos e entidades da Administração, bem como encerrar processos já judicializados, harmonizando os interesses dos órgãos envolvidos, por meio de conciliações.”³⁴⁰

Houve também nova regulamentação, por meio da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007³⁴¹, especificamente direcionada à disciplina do procedimento

³³⁸ *Ato Regimental AGU nº 5/2007*, art. 17: “Compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF: I - identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal; II - manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação; III - buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal; e IV - supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União.”

³³⁹ *Ato Regimental AGU nº 2/2007*, art. 1º: “O Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:” Art. 17 (...) I - identificar as controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal, bem como entre esses e os Estados ou Distrito Federal, e promover a conciliação entre eles; (...) III - sugerir ao Consultor-Geral da União, se for o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação; e (...)’.”

³⁴⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “Transação tributária: contexto, texto e argumentos.” *Revista Fórum de Direito Tributário*. nº 39. Belo Horizonte: Fórum, maio-jun 2009, p. 139.

³⁴¹ *Portaria nº 1.281/2007*, arts. 1º a 5º: “Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria. Art. 2º Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, poderá ser solicitado seu deslinde por meio de conciliação a ser realizada: I - pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CAF; II - pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico quando determinado pelo Consultor-Geral da União; III - por outros órgãos da Advocacia-Geral da União quando determinado pelo Advogado-Geral da União. Parágrafo único. Na hipótese dos incisos II e III do caput, as atividades conciliatórias serão

visando realizar composição na esfera administrativa das controvérsias verificadas entre órgãos da Administração Pública federal, revogando a mencionada Portaria nº 118/2007.

Não existe mais previsão normativa de câmaras *ad hoc* e sim funcionamento da CCAF em caráter permanente e com regras próprias.

A Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008³⁴², deu maior amplitude à atuação da AGU no que refere às controvérsias entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal.

No entanto, conforme salientado por Luciane Moessa de Souza, não houve previsão quanto à “participação de representantes dos Estados e do Distrito Federal na composição da própria Câmara de Conciliação, nem tampouco a possibilidade de utilização de arbitragem caso a conciliação resulte infrutífera.”³⁴³

Mesmo não qualificados como integrantes da Administração Pública federal, os órgãos ou entes que compõem o Poder Legislativo – Senado Federal e Câmara dos Deputados – além do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, também detêm competência para, a título de iniciativa do procedimento em análise, encaminhar suas controvérsias com entes e órgãos federais para a CCAF.

Ainda na competência da esfera federal, na hipótese de ação judicial em trâmite no âmbito de qualquer das unidades da AGU, um processo administrativo

supervisionadas pela CCAF. Art. 3º A solicitação poderá ser apresentada pelas seguintes autoridades: I - Ministros de Estado, II - dirigentes de entidades da Administração Federal indireta, III - Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria. Art. 4º A solicitação deverá ser instruída com os seguintes elementos: I - indicação de representante(s) para participar de reuniões e trabalhos; II - entendimento jurídico do órgão ou entidade, com a análise dos pontos controvertidos; e III - cópia dos documentos necessários ao deslinde da controvérsia. Art. 5º Recebida a solicitação pela CCAF, será designado conciliador para atuar no feito.”

³⁴² Portaria nº 1.099/2008, arts. 1º e 2º: “Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria. Art. 2º O pedido de atuação da Advocacia-Geral da União, para início das atividades conciliatórias, poderá ser apresentado ao Advogado-Geral da União pelas seguintes autoridades: I - Ministros de Estado; II - dirigentes de entidades da Administração Federal Indireta; III - Consultor-Geral da União, Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e Secretários-Gerais de Contencioso e Consultoria; IV - Governadores ou Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.”

³⁴³ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 279.

será formalizado e, em seguida, encaminhado para admissão ou não do procedimento conciliatório.

Com relação aos Municípios, sua legitimação como interessados foi reconhecida por meio da Portaria nº 481, de 6 de abril de 2009³⁴⁴, que introduziu essa previsão na já mencionada Portaria nº 1.099/2008.

Em relação aos Municípios também prevaleceu a ausência de previsão quanto à necessidade ou não de homologação do respectivo termo pela autoridade municipal, bem como no que refere à participação dessa autoridade em atividades desenvolvidas pela CCAF.³⁴⁵

Atualmente a competência da CCAF vem estabelecida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de setembro de 2010, visando dirimir por meio de conciliação aquelas controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.³⁴⁶

Além dessa função primordial, a CCAF tem competência para exercer juízo de admissibilidade dos pedidos que lhe forem encaminhados, através da conciliação, no âmbito da AGU.

³⁴⁴ *Portaria nº 481/2009*, arts. 1º e 2º: Art. 1º O art. 1º da Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsia de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e de Municípios que sejam Capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.' Art. 2º O art. 2º da Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008, passa a vigorar acrescido do inciso V, com a seguinte redação: 'Art. 2º (...) V - Prefeitos ou Procuradores-Gerais de Municípios que se enquadrem nas hipóteses do art. 1º.'

³⁴⁵ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 279.

³⁴⁶ *Decreto nº 7.392/2010*, art. 18: "A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados."

A CCAF poderá também requisitar aos demais órgãos e entidades da Administração Pública federal informações a título de subsídio para a solução amistosa de conflitos. Têm, também, funções de celebrar termos de ajustamento de conduta, solucionar proativamente conflitos judiciais já decididos em caráter definitivo pelos Tribunais Superiores, dentre outras funções propositivas e conciliatórias especificadas.

Cabe registrar que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que figurarem como interessados em procedimentos perante a CCAF deverão estar representados pelos seus respectivos governadores e prefeitos, ou, se for o caso, pelos seus procuradores gerais.

No que refere aos particulares, no entanto, a regra é mais restrita e deve ser vista com reservas. Com efeito, para fins de acompanhamento do deslinde de controvérsias no âmbito da CCAF, os particulares deverão observar as exigências da AGU para fins de agendamento de audiências.

A solicitação de particulares, para fins de participação, deverá ser aprovada em reunião de conciliação por todos os representantes das partes interessadas. Caso necessário a oitiva de terceiros interessados de forma coletiva ou individual para complementação da instrução em ambiente interno ou externo da CCAF, será necessária a autorização prévia por parte do Consultor-Geral da União.

Mas se esses particulares são interessados na solução da controvérsia em análise, a regra procedimental pode ter sua validade jurídica questionada em face do princípio da publicidade e, também, da isonomia no âmbito administrativo.

Ainda que a disciplina normativa acima dissecada seja direcionada aos procedimentos que visam solucionar conflitos no âmbito administrativo, não há qualquer vedação para que nesse objeto de apreciação e resolução estejam incluídas aquelas situações relacionadas aos entes ou órgãos da Administração Pública que estejam litigando judicialmente entre si.

Essa conclusão tem fundamento se observado que a AGU vem deliberando em casos dessa natureza com entes que já discutem questões em juízo e pretendem conciliar respectivos interesses.

No procedimento administrativo em comento as partes são qualificadas formalmente como interessados. Estes interessados submeterão suas controvérsias jurídicas ao sistema de conciliação da AGU, com amparo nas hipóteses de cabimento acima referidas, que decidirá em juízo administrativo de admissibilidade se a mesma deve ou não ser recebida.

Compete à CCAF fazer um exame prévio de admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da AGU, exame onde são considerados primordialmente os entes e órgãos envolvidos na controvérsia e seu objeto.

No que diz respeito à tipologia das controvérsias que podem ser deliberadas pela CCAF, as mesmas podem versar sobre as mais variadas matérias, exceto de natureza penal, desde que um dos órgãos interessados seja necessariamente um ente da Administração Pública Federal.

Na hipótese de seu recebimento, haverá a designação do conciliador. Os conciliadores, que são integrantes das carreiras da advocacia pública – advogados da União, procuradores federais, procuradores do BACEN ou procuradores da Fazenda Nacional – terão a missão de instruir o procedimento, visando alcançar o acordo.

A flexibilidade do procedimento merece ser realçada. Na primeira reunião de conciliação, após a apresentação de todos os representantes, o conciliador deverá esclarecer de forma sintética o procedimento conciliatório e a controvérsia jurídica objeto de análise.

Em seguida, é franqueada a manifestação dos interessados para a exposição de suas premissas, fundamentos e conclusões. Ao final da reunião, em caso positivo, será lavrado o respectivo termo de conciliação, com posterior submissão para aprovação do AGU.

Caso não se alcance desde logo a almejada conciliação, deve ser redigido o respectivo termo, com o registro da participação e colaboração dos interessados, onde constarão as ocorrências e deliberações, a indicação de providências necessárias, bem como seus responsáveis e prazos para o cumprimento, visando

uma nova tentativa composição, se realmente plausível a intenção dos envolvidos nesse sentido.

O termo de conciliação corresponde assim ao documento firmado pelos interessados quando obtida a solução da controvérsia, onde constará, expressamente: (i) a avença proposta para o deslinde do conflito; (ii) a discriminação das obrigações assumidas por cada órgão ou ente envolvido, com a indicação dos prazos para o cumprimento; (iii) a menção, quando possível, do valor do acordo; bem como (iv) a indicação das medidas processuais cabíveis e necessárias, quando se tratar de conflito já em estado de litígio judicial.

Qualquer omissão nulifica o termo, de acordo com as condições estabelecidas pela legislação disciplinadora do procedimento tipicamente arbitral.

Conforme antes referido, todos os termos dessa natureza, necessariamente, deverão ser homologados pelo AGU, tendo, a partir da observância desse requisito, eficácia de título executivo extrajudicial.

Não há necessidade de homologação judicial, o que não qualifica, por conseguinte, o respectivo termo de conciliação como título executivo judicial.

Caso frustrada a conciliação, submete-se a controvérsia a procedimento arbitral legítimo. Naquelas situações em que cabível, a matéria controversa poderá ser submetida à apreciação, por meio de parecer, pela CGU. Esse parecer deverá ser também submetido ao AGU, que, havendo concordância, levará o mesmo à aprovação final do Presidente da República.

O parecer final aprovado e publicado tem força vinculante para os interessados³⁴⁷, configurando típica decisão arbitral.

Essa mesma situação não se configura quando não alcançada a conciliação naquelas controvérsias em que Estados e Distrito Federal estão envolvidos, eis que a regra de arbitramento por meio de referidos pareceres da CGU e da AGU se aplica unicamente à União Federal, observada a competência prescrita pela Lei Complementar nº 73/93.

³⁴⁷ *Lei Complementar nº 73/93*, art. 40: “Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. §1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

Portanto, e conforme salientado por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, configura-se “instrumento de busca de eficiência no modelo administrativo contemporâneo”, conformando “marco regulatório que identifica imaginação institucional a serviço da concepção de novo modelo jurídico, centrado em premissas de instrumentalidade negocial.”³⁴⁸

Espera-se que essa brilhante e inovadora iniciativa da AGU, assim como as demais acima detalhadas e comentadas, seja ampliada para outros setores da sociedade e da Administração Pública, inclusive estadual e local, que ainda não estão abrangidos pela sistemática da solução amistosa de conflitos.

E que, do mesmo modo, outras áreas do Direito, a exemplo do Direito Tributário, acolham os fundamentos jurídicos que, conforme acima demonstrados, dão validade jurídica e resultam em aplicação dos meios consensuais de solução de controvérsias.

2.5 Outras experiências legislativas do consenso na Administração Pública

De modo a confirmar a validade jurídica da transigibilidade entre particulares e a Administração Pública, faz-se imprescindível demonstrar a amplitude da previsão normativa sobre a matéria no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sem que, sob a alegação de ofensa ao dogma da indisponibilidade do interesse público, houvesse questionamento em relação às suas respectivas implantações e funcionamento.

Trata-se de um conjunto de leis autorizadoras de procedimentos de conciliação e transação judicial nas questões em que seja parte a União Federal e ou suas autarquias, fundações, empresas e, também, sociedades em que tenha participação.

Da mesma forma, com relação à descentralização da atividade administrativa, por meio da celebração de contratos administrativos e outras figuras tipicamente regidas pela disciplina encontrada no regime jurídico de Direito Privado, verifica-se uma concretização da tendência à utilização da técnica de arbitragem, com uma legislação disciplinando variadas situações em que o Estado entrega ao particular

³⁴⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de. *Transação tributária: introdução...*, p. 131.

uma maior parcela de participação no desempenho das tarefas tipicamente de competência do Poder Público.

2.5.1 Modalidades judiciais

Desde 1980, com a Lei n.º 6.825, em seu artigo 5º, identifica-se previsão expressa de autorização de transação terminativa, nas questões envolvendo a União, autarquias e empresas públicas federais, naquelas questões que tivesse valor igual ou inferior a dez ORTN's – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.³⁴⁹

Referida regra exclui expressamente as questões de natureza tributária, bem como aquelas que envolvam o patrimônio imobiliário da União.

Com semelhante referência a valores nominais, a Lei n.º 8.197/91, em seu artigo 1º, autorizou a transação extintiva de demandas judiciais envolvendo também a Administração Pública federal, limitando-se às causas de até trezentos mil cruzeiros), podendo haver ampliação desse valor desde que apreciado o caso concreto e autorizado pela respectiva autoridade competente, com a participação mediante parecer do Ministério Público.³⁵⁰

Referida Lei foi revogada pela Lei nº 9.469/97, que trouxe substanciais modificações no regime normativo até então vigente, fixando as bases mínimas para

³⁴⁹ *Lei nº 6.825/1980*, art. 5º: “Os representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a 100 (cem) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, mediante as condições estabelecidas pelo Poder Executivo.”

³⁵⁰ *Lei nº 8.197/1991*, arts. 1º, 2º e 3º: “art. 1º Os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo. §1º Quando o valor da causa for superior ao limite previsto neste artigo a transação, sob pena de nulidade, somente será possível com a prévia e expressa autorização das autoridades que vierem a ser designadas em decreto. §2º Qualquer transação somente poderá ser homologada após a manifestação do Ministério Público. Art. 2º A União poderá intervir nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais. Art. 3º O valor fixado no art. 1º desta lei será revisto, periodicamente, de acordo com critério estabelecido em decreto.”

a intervenção consensual da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da Administração Pública indireta.

Originária da Medida Provisória nº 1.561-6/97, a Lei nº 9.469/97 tem fundamento de validade nas disposições contidas na Lei Complementar nº 73/93, que estabelece que o Advogado-Geral da União pode desistir, transigir, acordar, firmar compromisso, prevenir e dirimir controvérsias, além de editar súmulas administrativas, todas estas ações destinadas à redução da litigiosidade da Administração Pública federal.³⁵¹

Assim, a Lei nº 9.469/97 instituiu o regime jurídico que vige atualmente para a utilização de mecanismos de conciliação e transação nas situações que explicita, levando-se também em conta as alterações legislativas que revogaram e incluíram alguns de seus dispositivos, notadamente as Leis nºs 11.941/2009 e 12.249/2010.³⁵²

O valor econômico das demandas envolvendo o Poder Público federal, para que o Advogado-Geral da União, assim como os dirigentes máximos das empresas públicas federais, possam realizar acordos terminativos de litígios, passa a ser de quinhentos mil reais. Em questões envolvendo valores superiores a esse montante,

³⁵¹ *Lei Complementar nº 73/1993*, art. 4º: “São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente; (...) X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”.

³⁵² Luciane Moessa de Souza avalia referidas alterações legislativas nos seguintes termos: “A primeira exclusão parece ser explicada pelo fato de a autorização dos dirigentes máximos de autarquias e fundações federais parecer descabida se o Presidente da República tampouco precisa autorizar a celebração de acordos de mesmo montante quando a parte é a União. Ademais, esclareça-se que os Procuradores-Gerais de tais entidades (com exceção do Banco Central do Brasil) se subordinam ao Procurador-Geral Federal, que, por seu turno, está subordinado ao Advogado-Geral da União, sob a legislação em vigor. Quanto ao Banco Central do Brasil (BACEN), seus advogados integram carreira própria, a Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, a qual, assim como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não se subordina administrativamente à Advocacia-Geral da União, e sim à própria autarquia (não obstante a ocorrência cada vez mais comum de ações de cooperação administrativa entre as quatro carreiras). Quanto à segunda alteração, qual seja, exclusão da possibilidade de transação nas ‘causas relativas ao patrimônio imobiliário da União’ seja qual for o valor envolvido, a regra parece ter promovido autêntico retrocesso, razão pela qual ela veio a ser revogada pela Medida Provisória nº 496, de 23.7.2010, que foi prorrogada em 24.9.2010 (estando em seu prazo de vigência da prorrogação até 24.11.2010).” (SOUZA, Luciane Moessa de. cit. pp. 145-146).

a celebração de transação ou conciliação dependerá das autoridades hierarquicamente superiores, inclusive do próprio Ministro da Fazenda.³⁵³

Igualmente existe previsão para que o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil possam autorizar acordos em questões não superiores a cem mil reais, para pagamento parcelado.³⁵⁴ Essa hipótese não se aplica aos créditos de natureza tributária devidos à União Federal, que são disciplinados por legislação tributária específica.³⁵⁵

Ainda verifica-se a presença das regras da Lei nº 9.469/97 bastante relevantes no que concerne à transigibilidade do Poder Público federal.

Uma delas, no artigo 4º da Lei em referência, determinando que, na hipótese da controvérsia jurídica já ter sido objeto de Direito Sumulado pelos Tribunais Superiores, ainda que ausente a posição sedimentada da AGU, possa o próprio Advogado-Geral da União determinar a dispensa no ajuizamento de ações ou interposição de recursos.³⁵⁶

Especificamente com relação a essa previsão, Luciane Moessa de Souza entende com propriedade que o verbo correto seria “deverá” referida autoridade

³⁵³ *Lei nº 9.469/1997*, art. 1º: “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). §1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.”

³⁵⁴ *Lei nº 9.469/1997*, art. 2º: “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30 (trinta).”

³⁵⁵ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., pp. 157-158.

³⁵⁶ *Lei nº 9.469/1997*, art. 4º: “Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.”

dispensar o ajuizamento ou a interposição de recursos, eis que: “Apesar do ‘poderá’ – que deveria ser ‘deverá’, em prestígio ao princípio da isonomia e ao Estado Democrático de Direito –, é importante celebrar a previsão de ao menos um critério material (não meramente procedimental) relativo aos atos de natureza transacional.”³⁵⁷

A Lei nº 9.469/97 igualmente fixa o conteúdo e forma do termo de ajustamento de conduta para prevenção ou extinção de litígios, com seus requisitos e condições essenciais, nas questões envolvendo o interesse público da União, suas autarquias e fundações.³⁵⁸

Relevante notar que a legislação menciona expressamente a possibilidade de se realizar a transação preventiva, as possíveis e prováveis controvérsias envolvendo a Administração Pública federal.

Devem ser estabelecidas as obrigações, assim como seu prazo e modo de cumprimento, que deverá ser controlado pelo Poder Público.

Além dos fundamentos de fato e de direito, também devem ser explicitadas no termo de ajustamento as respectivas sanções em caso de não atendimento pelas partes relacionadas. A competência para representar a Administração Pública federal na subscrição dos termos dessa natureza é do Advogado-Geral da União.

Portanto, como se pode observar, existe ampla previsão normativa ratificando a possibilidade não só para a Administração Pública federal poder transigir com o administrado, assim como *interna corporis*, de acordo com os limites de disposição fixados pela legislação, que são objetivos, visando à realização do interesse público mediante redução dos custos de manutenção e prevenção de ações judiciais.

Por seu turno, sob o aspecto do Direito Penal, merece destaque da disciplina dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a nível estadual, instituídos e disciplinados pela Lei nº 9.099/95.

³⁵⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 154.

³⁵⁸ Lei nº 9.469/1997, art. 4º-A: “O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter: I - a descrição das obrigações assumidas; II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; III - a forma de fiscalização da sua observância; IV - os fundamentos de fato e de direito; e V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.” (todos os incisos foram incluídos pela Lei nº 12.249, de 2010).

Representando ruptura com aprimoramento da visão formalista da indisponibilidade da ação penal, observadas as condições por ela fixadas, poderá o Ministério Público deixar de oferecer referida ação³⁵⁹ nas hipóteses envolvendo crimes de reduzido potencial ofensivo.³⁶⁰

Instituidora dos Juizados Especiais Federais, a Lei nº 10.259/2001, alterando a previsão contida na mencionada Lei nº 9.469/97, ampliou a legitimidade para a prática dos atos de conciliação, nas demandas envolvendo o Poder Público federal, autorizando os seus representantes judiciais a praticar e participar de atos processuais de conciliação, transação ou, também, que impliquem na desistência de demandas.³⁶¹

³⁵⁹ *Lei nº 9.099/1995*, art. 76: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. §1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. §2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. §3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. §4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. §5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. §6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

³⁶⁰ *Lei nº 9.099/1995*, art. 89: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

³⁶¹ Claudio Penedo Madureira e Lívio Oliveira Ramalho destacam a ampliação de legitimidade como positiva: “Nada obstante, apesar de a Lei nº 9.469/97 conter previsão expressa quanto à possibilidade de delegação de semelhante competência (art. 1º, §3º) e de também conferir autorização legislativa para a celebração de ajustes relativos a valores não-superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Procurador-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal (art. 2º), não há dúvida quanto a ser o comando legislativo consignado no artigo 10 da Lei nº 10.259 um importante facilitador para a celebração de ajustes entre os postulantes e a Fazenda Pública Federal, precisamente por transportar para a alçada do advogado público vinculado ao feito a prerrogativa de deliberar sobre a pertinência (ou não) da celebração da avença, vez que tais autoridades, assim como o Advogado-Geral da União, têm domicílio funcional no Distrito Federal, o que, se não inviabiliza, dificulta seriamente a ordenação de acordos pela Advocacia Pública Federal nas diversas Seções Judiciárias da Justiça Federal. (*Juizados da Fazenda pública: estruturação dos juizados especiais da fazenda pública estadual e municipal [Lei n. 12.153/09] em*

Vale advertir, contudo, que a União Federal e nem tampouco seus órgãos, poderão figurar no polo ativo de demandas ajuizadas perante os Juizados Especiais Federais, de modo que a desistência será por meio de reconhecimento do pedido, ou, se for o caso, concordância com a desistência solicitada pela própria parte autora da demanda.³⁶²

Essa normativa trouxe outro instrumento facilitador dos pagamentos de valores advindos de condenações da União Federal em ações judiciais, mediante Requisições de Pequeno Valor – RPV, excepcionando, assim, o regime dos precatórios nas questões de competência desses Juizados Federais, cujo limite corresponde a 60 (sessenta) salários mínimos.³⁶³

A mais recente novidade legislativa diz respeito à Lei nº 12.153/2009, responsável pela criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, autorizando a conciliação e transação envolvendo bens litigiosos pertencentes à Fazenda Pública e postos à cognição do Poder Judiciário, nos termos e limites fixados pela própria

vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, pp. 101-102).

³⁶² Lei nº 10.259/2001, arts. 10 e 11: “As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais. Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação. Parágrafo único. Para a audiência de composição dos danos resultantes de ilícito criminal (arts. 71, 72 e 74 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), o representante da entidade que comparecer terá poderes para acordar, desistir ou transigir, na forma do art. 10.”

³⁶³ Lei nº 10.259/2001, art. 17: “Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório. §1º Para os efeitos do §3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput). §2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão. §3º São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no §1º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago. §4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no §1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.”

Lei.³⁶⁴ Esse tipo de transação também está sujeita ao valor de alçada de sessenta salários mínimos.

A Lei nº 12.153/2009 não impede que sejam homologadas conciliações ou transações obtidas em procedimentos com rito processual distinto daquele nela previsto. O único limite para o acolhimento desses acordos é que os mesmos observem o limite de alçada dos sessenta salários mínimos.³⁶⁵

Cumpre ainda advertir ser necessário, nos termos do referido artigo 8º da Lei nº 12.153/2009, que se verifique quanto à possibilidade, nos termos das legislações estaduais e municipais, de celebração de acordo entre as partes relacionadas. Verificada essa existência de lei autorizativa, em âmbito estadual, ou local, deverá o intérprete adaptar o rito procedimental aplicável aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal ao procedimento especificado na legislação administrativa para a composição amistosa.³⁶⁶ Trata-se, por assim dizer, de uma decorrência direta do princípio federativo.

Além dessas modalidades de prevenção ou extinção de litígios, do ponto de vista judicial, existe uma gama de outras formas consensuais de cunho extrajudicial ou administrativo.

³⁶⁴ *Lei nº 12.153/2009*, Art. 8º: “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.”

³⁶⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha. cit., p. 83.

³⁶⁶ Nesse sentido: “Razões puramente técnicas inspiram semelhante opção teórico-valorativa. Dissemos, anteriormente, que a Lei nº 12.153/09 foi editada no exercício de competências estabelecidas pelo inciso I do artigo 22 e pelo inciso X do artigo 24 da Constituição Federal, que conferem à União Federal a prerrogativa de legislar, em regime de exclusividade, sobre direito processual (art. 22, I) e, concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal, sobre a criação, funcionamento e processo dos Juizados Especiais (art. 24, X). E que o referido diploma é considerado, quanto a tais aspectos, lei nacional. Ocorre que a previsão, em texto de lei, de autorização normativa para a celebração de ajuste por agentes vinculados ao ente público é matéria administrativa, que, por óbvio, não se relaciona às competências descritas pelo inciso I do artigo 22 e pelo inciso X do artigo 24 da Carta Política, e que, por isso, só pode ser regulada, para os Estados, por lei estadual, e para os Municípios, por lei local. Daí a pertinência da advertência formulada pelo Congresso Nacional no corpo desse artigo 8º da Lei nº 12.153/09 quanto a deverem os representantes judiciais das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais reportarem-se aos termos e às hipóteses previstas na legislação da sua respectiva unidade da federação. (...) Onde não houver lei estadual, ou local, a autorizar a composição do litígio, é inviável a celebração de ajuste entre as partes.” (MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. cit., pp. 103-104).

2.5.2 Modalidades extrajudiciais ou administrativas

Em substituição à atuação imperativa do Poder Público, coordenando-se com a participação dos administrados, utiliza-se de instrumento típico para fins de transigência de interesses públicos.

Originariamente denominado compromisso de ajustamento, hoje o mesmo se identifica sob a denominação termo de ajustamento de conduta – TAC, podendo ser celebrado tanto entre Administração Pública e administrados, quanto pelo Ministério Público e o respectivo investigado.

Saliente-se, desde logo, que se compreende o compromisso ou termo de ajustamento de conduta como sendo instrumento de transação e não meramente ato jurídico diverso.

Isto porque não há por meio de referido instrumento qualquer forma de imposição unilateral por parte do Poder Público ao particular. Esse efeito decorre da própria legislação.

É imperioso advertir que o TAC não se presta para criar novas normas jurídicas para o setor regulado e sua celebração deve simplesmente efetivar o cumprimento da legislação, como um instrumento destinado a compelir infrações à legislação a prevenir ou extinguir interesses contrapostos, e, se for o caso, restaurando os danos decorrentes de atos lesivos.

Admite-se o acordo unicamente para estabelecer condições específicas de cumprimento das obrigações, seja quanto ao modo, tempo, lugar ou outras características.

Por se tratar de um ajuste, o sentido é de que sejam devidamente adequados os interesses recíprocos, com regras suficientemente claras e que, para sua adoção, ambas as partes declinem de suas posições, mediante reconhecimento de condutas que resultam em concessões mútuas, evitando ou pondo fim a um determinado conflito.

Daí, então, conclui-se por sua cristalina característica de negócio jurídico bilateral e não mero ato jurídico de cunho unilateral.

Nesse diapasão, faz-se necessário também ressaltar que a celebração de TAC não afasta por si só a apuração da responsabilidade pela prática de infrações ocorridas antes ou após a sua assinatura, tratando-se, na verdade, de compromisso assumido pelos infratores no sentido de adequar suas condutas às exigências legais, que, caso não atendido, resultará na aplicação de multa estabelecida no termo, uma vez que pode ser impossível a recomposição da situação original.

Nem tampouco pode se alegar que o TAC representa condição prévia à instalação de procedimento fiscalizatório, por exemplo, em casos como aqueles regulamentados pelas agências reguladoras. Não há, pois, limitação dessa natureza na legislação de regência.

Com efeito, inicialmente previsto na Lei nº 8.069/89, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, seu artigo 211, estabeleceu-se a possibilidade de se firmar compromisso de ajustamento no que refere aos interesses metaindividuais relacionados a crianças e adolescentes.³⁶⁷

Nesse ponto merecem relevo as regras relacionadas à capacidade para transigir com o Ministério Público nesse tipo de situação, eis que menores e adolescentes não detêm essa condição, que é essencial ao negócio jurídico da transação. A situação igualmente envolve direitos indisponíveis, conforme já realçado ao início, que da mesma forma não se coaduna especificamente com o instituto da transação. Ainda assim, o caráter consensual revela-se inegável, na medida em que fixadas regras entre as partes relacionadas, nos termos da legislação de regência.

Na mesma época, a Lei nº 8.078/90, denominado Código de Defesa do Consumidor – CDC³⁶⁸, promoveu a alteração no artigo 5º, §6.º, da Lei nº 7.347/85, a

³⁶⁷ Lei nº 8.069/89, art. 211: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

³⁶⁸ Lei nº 8.078/90, art. 113: “Acrescente-se os seguintes §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985: ‘O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. §5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial’.”

denominada Lei da Ação Civil Pública – LACP, prevendo a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta nos temas relacionados aos direitos e garantias dos consumidores, com natureza jurídica de título executivo extrajudicial.³⁶⁹

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Lei nº 8.884/94 estabeleceu a competência do Presidente daquela autarquia federal para subscrever compromissos de cessação de infração às regras atinentes à manutenção da ordem econômica, assim como os respectivos compromissos de desempenho, passíveis, ambos, de processo executivo judicial em caso de descumprimento pelas partes transigentes.³⁷⁰

Essa mesma legislação também estabeleceu, além dos compromissos de cessação da infração, aqueles denominados compromissos de desempenho, assegurando a submissão de atos dos interessados ao CADE para garantia do cumprimento de suas condições ajustadas.

Igualmente foi à época estabelecida a competência da Secretaria de Direito Econômico – SADE, vinculada ao Ministério da Justiça, para celebrar compromisso de cessação, bem como sugerir ao CADE condições para celebração de compromisso de desempenho e fiscalização de seu cumprimento.³⁷¹

O caso líder de transação judicial praticado junto ao CADE remonta 2004, quando a Autarquia condenou as empresas *Microsoft do Brasil Ltda.* e *TBA Informática Ltda.* pela prática de infração à ordem econômica.

Referida condenação recebeu ordem judicial suspensiva e, visando por fim às demandas em curso perante o Poder Judiciário, celebraram referidas partes,

³⁶⁹ Lei nº 7347/85, art. 5º: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

³⁷⁰ Lei nº 8.884/94, Art. 8º: “Compete ao Presidente do CADE: (...) VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho”.

³⁷¹ Lei nº 8.884/94, art. 14: “Compete à SDE: (...) IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento; X - sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento”.

mediante pareceres prévios legal e regimentalmente estabelecidos, compromisso de cessação com devida e posterior homologação judicial.³⁷²

Recentemente referido regime jurídico foi alterado, por conta do advento da Lei nº 12.529/2011, responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Nessa nova sistemática, encontra-se previsto que o CADE é formado pelo (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, (ii) pela Superintendência-Geral; e, também, (iii) pelo Departamento de Estudos Econômicos.

A competência acima referida passa a ser do Plenário do Tribunal Administrativo “aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento”, além de “decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos”.³⁷³

A competência para assinatura desses acordos, aprovados pelo Tribunal Administrativo, é de seu respectivo presidente.³⁷⁴

No tocante à proposição de termo de compromisso de cessação³⁷⁵ e acordos para aprovação do Tribunal, esta configura competência dos conselheiros do

³⁷² “Em agosto de 2004, o Cade condenou as empresas Microsoft do Brasil Ltda. e TBA Informática Ltda. por infração contra a ordem econômica (art. 20 da Lei nº 8.894/94). Entenderam os conselheiros que o arranjo contratual estabelecido entre as duas limitava a concorrência no mercado de venda e licenciamento de *softwares* e prestação de serviços de informática, especialmente à administração pública federal. Ao estabelecerem contratualmente a exclusividade na distribuição de produtos Microsoft à TBA, as empresas teriam estendido o poder de monopólio que a primeira detém no mercado de *softwares* (*upstream*) para o mercado de distribuição (*downstream*), configurando abuso de posição dominante e restrição vertical à entrada de novos concorrentes. Por essas razões, além da cessação da prática, as empresas foram condenadas a multas e obrigações de fazer. Seguiram-se então diversos recursos administrativos e judiciais questionando a legalidade e a justiça da decisão do Cade, que resultaram em liminares determinando a suspensão do pagamento da multa mediante garantia judicial. Nesse contexto, as empresas propuseram à Procuradoria do Cade uma transação judicial visando extinguir as ações judiciais e regularizar sua situação perante o Cade. A possibilidade de celebração de transação judicial é prevista desde a promulgação da Lei nº 8.884, em 1994, porém nunca havia sido utilizada. Trata-se de um importante instrumento de efetivação das decisões do Cade, não raras vezes dificultado em razão da prodigalidade na concessão de liminares em processos judiciais.” (BADIN, Arthur Sanchez. “Conselho Administrativo de Defesa Econômica [CADE]. A transação como instrumento de concretização do interesse público.” *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 2009, n.º 252, p. 190).

³⁷³ Lei nº 12.529/2011, art. 9º, V e XIX.

³⁷⁴ Lei nº 12.529/2011, art. 10, VII.

Tribunal, competência esta que é concorrente com aquela atribuída à superintendência geral do CADE.

A SADE poderá, nos termos desse novel regime jurídico, celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.³⁷⁶

Vale anotar, ainda, que há previsão normativa do denominado acordo de leniência, ou seja, uma espécie de delação premiada que pode resultar na redução

³⁷⁵ *Lei nº 12.529/2011*, art. 85: “Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. §1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. §2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei. §4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. §5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. §6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. §7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. §8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. §9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. §10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. §11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. §12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. §13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. §14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação. §15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.”

³⁷⁶ *Lei nº 12.529/2011*, art. 11, IX; art. 13, IX e X; e, também, art. 19, §1.º, II.

de penalidades impostas pelo CADE em troca de auxílio em procedimentos de investigação quanto à prática de infração ao direito concorrencial.³⁷⁷

Na mesma linha adotada sob o contexto de sua antecessora, a Lei nº 8.884/94, a novel Lei nº 12.529/2011, abreviando os custos e riscos, além da morosidade do processo perante o Poder Judiciário, representa instrumento adicional para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.³⁷⁸

De elevado grau de interesse público envolvido na matéria, as controvérsias relacionadas ao meio ambiente poderão igualmente ser objeto de termo de compromisso³⁷⁹, conforme previsão contida na Lei nº 9.605/1998, celebrado pelos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.³⁸⁰

Da mesma forma, verificam-se soluções consensuais nas legislações que regem as atividades de algumas agências reguladoras, tipicamente relacionadas à preservação do interesse público por meio do exercício de seu poder de polícia.³⁸¹

Segundo leciona Leila Cuéllar “as agências devem tentar resolver as controvérsias amigavelmente (procurando inicialmente a conciliação de interesses) e suas decisões serão sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.”³⁸²

³⁷⁷ Lei nº 12.529/2011, art. 86: “O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

³⁷⁸ Cf. BADIN, Arthur Sanchez. cit., p. 204.

³⁷⁹ Conferindo natureza transacional ao referido termo: MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 395.

³⁸⁰ Lei nº 9.065/1998, art. 79-A: “Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.”

³⁸¹ “No âmbito das agências reguladoras, é ainda mais comum a previsão de utilização de meios consensuais (ou mesmo da arbitragem) para solução de conflitos entre usuários e concessionárias prestadoras de serviços, bem como envolvendo concessionárias entre si.” (SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 201).

E, nesse mesmo ponto, André Guskow, em trabalho específico sobre o tema, adverte que: “O campo em que mais dúvidas surgem a respeito da utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo as agências reguladoras é justamente aquele que se relaciona à atuação dessas entidades na resolução de pendências entre agentes regulados.”³⁸³

No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a Lei nº 9.961/2000 lhe atribui competência para fins de celebração de TAC e termo de compromisso – TC destinados a cumprir e fiscalizar as condições assumidas pelo particular interessado.³⁸⁴

O termo de compromisso de ajuste de conduta será celebrado sempre em decorrência de ações da ANS em processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, com vistas a adequar sua conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para o setor de saúde suplementar.³⁸⁵

A operadora de plano de saúde, ao celebrar termo de compromisso de ajuste de conduta, obriga-se a cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; bem como corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes. A sua celebração implica na suspensão do respectivo processo administrativo, sendo a mesma vedada após a aplicação de penalidade pela ANS.

Na mesma linha, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL igualmente contempla, nas suas atividades de interesse público, a possibilidade da celebração de termo de ajustamento de compromisso de conduta – TCAC.

No entanto, a diferença é que a lei instituidora da ANEEL não lhe conferiu a competência expressa para celebração de termos de ajustamento de conduta no

³⁸² CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65.

³⁸³ GUSKOW, André. cit., p. 35.

³⁸⁴ Lei nº 9.961/2000, art. 4º: “Compete à ANS: XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos”.

³⁸⁵ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 203.

exercício de suas atribuições no âmbito de suas atividades institucionais, como o fizeram diplomas legais específicos afetos a outras entidades jurídicas.³⁸⁶

Nesse contexto, entendeu-se que o termo de ajustamento de conduta é apropriado à tutela de direito nos moldes instituídos pela Resolução ANEEL nº 333/2008³⁸⁷, eis que se circunscreve na atuação do poder de polícia e regulamentar conferido a esta Agência regulatória, permitindo a celebração de transação apenas para fins de adequação de circunstâncias para adequado e efetivo cumprimento da legislação do setor elétrico.³⁸⁸

O TCAC poderá ser solicitado por concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento da notificação pela parte interessada, até o prazo para interposição do recurso administrativo à Diretoria da ANEEL.

Uma vez formalizado esse TCAC, a concessionária fica obrigada a cessar a prática da conduta ajustada, corrigindo as desconformidades identificadas no desempenho de suas atividades, que deverão ser informadas e, se for o caso, reparadas mediante compensação dos prejuízos eventualmente causados aos usuários.

No que refere à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, muito embora a Lei nº 10.233/2001 não estabeleça previsão expressa em relação à celebração de modalidade preventiva de ajustamento de conduta, sua regulamentação encontra previsão na Resolução nº 442/2004.³⁸⁹

³⁸⁶ Cf. AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 191.

³⁸⁷ BRASIL. Poder Executivo. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Resolução ANEEL nº 333/2008. Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 out. 2008.

³⁸⁸ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., pp. 203-207.

³⁸⁹ BRASIL. Poder Executivo. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Resolução ANTT nº 442/2004. Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 mar. 2004.

Segundo mencionada Resolução, visando à correção de pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT poderá, antes ou depois de instalado o procedimento administrativo regular, convocar as concessionárias, permissionárias e ou autorizadas por meio de seus representantes legais, para prestar esclarecimentos e, se necessário for, celebrar termos de ajuste de conduta para por fim ou evitar controvérsias.³⁹⁰

A Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ também tem sua disciplina jurídica estabelecida pela mencionada Lei nº 10.233/2001, e, assim como no caso da ANTT, possui previsão para fins de celebração de termo de ajuste de conduta, conforme prescrito pela Resolução nº 987/2008.³⁹¹

No tocante à Agência Nacional de Petróleo – ANP, instituída pela Lei nº 9.478/98, há previsão para a realização de conciliação e arbitramento. A regulamentação da matéria adveio há pouco mais de um ano, por ocasião da edição da Portaria ANP nº 69/2011.

Segundo essa Portaria, são quatro as situações em que a ANP pode promover a conciliação e o arbitramento, que, segundo Luciane Moessa de Souza, “trata-se, naturalmente, do processo administrativo contencioso tradicional, a ser utilizado quando o acordo não for alcançado.”³⁹²

A primeira delas no intuito de dirimir divergências entre os agentes econômicos, bem como entre estes e os usuários e consumidores.

A segunda situação diz respeito à resolução de conflitos verificados nas atividades de regulamentação, contratação e fiscalização da indústria do petróleo e seus derivados, inclusive gás natural e biocombustíveis.

³⁹⁰ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., pp. 207-209.

³⁹¹ BRASIL. Poder Executivo. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Resolução ANTAQ nº 987/2008. Regulamenta a norma que disciplina o procedimento de fiscalização e o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades na prestação de serviços de transportes aquaviários de apoio marítimo, de apoio portuário e na exploração de infra-estrutura aquaviária e portuária. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 fev. 2008. Cf. AMARAL, Paulo Osternack. cit., p. 192.

³⁹² Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., p. 210.

Em terceiro lugar, a ANP proferirá decisão definitiva e, portanto, terminativa, para extinguir conflito sobre o qual as partes não tenham alcançado, espontaneamente, acordo em relação aos seus interesses contrapostos.

E, ainda, numa quarta situação, poderá a Agência se valer dos resultados de precedentes já anteriormente decidido como critério para adoção de novas decisões, ou, ainda, para que eventuais atos normativos regulamentares levem em conta a sua orientação final.

Por derradeiro, com relação à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL³⁹³, que muito embora traga em sua legislação de regência³⁹⁴ previsão legal expressa quanto à composição de conflitos de interesses entre as prestadoras de serviço de telecomunicações, não possui qualquer forma ou programa de conciliação ou mediação de referidas controvérsias.³⁹⁵

Não se tratam de soluções de natureza arbitral, pois essas modalidades praticadas pelas referidas agências reguladoras não preenchem alguns requisitos essenciais, que serão a seguir apontados.

Correspondem, segundo entendimento de Paulo Osternack do Amaral, a “processos administrativos, que produzem decisões administrativas, passíveis de serem submetidas ao controle amplo do Poder Judiciário”, mantida a premissa “consistente no dever de o Estado se dedicar a promover a composição das disputas independentemente da intervenção do Poder Judiciário.”³⁹⁶

Após percorrer inúmeros conceitos doutrinários, André Guskow também conclui pela ausência de arbitragem nessas situações envolvendo as agências reguladoras e seus procedimentos de composição amigável de conflitos envolvendo a prestação de serviços sob seu poder de polícia administrativa, afirmando que tal situação

³⁹³ Cf. AMARAL, Paulo Osternack. cit., p. 192. GUSKOW, André. cit., p. 47.

³⁹⁴ Lei nº 9.472/1997, art. 19: “À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações; XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários”.

³⁹⁵ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. cit., pp. 210.

³⁹⁶ Cf. AMARAL, Paulo Osternack. cit., p. 195. Em sentido contrário, reconhecendo-lhes natureza arbitral, confira-se: NETTO, Cássio Telles Ferreira. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 45-46.

decorre “que as decisões adotadas pelas agências na resolução de conflitos entre os agentes do setor estão sempre sujeitas à revisão jurisdicional ampla.”³⁹⁷

E, em se tratando de arbitragem, conforme explicitado, a decisão é definitiva, com restritas hipóteses legais suficientes à sua rediscussão.

No caso das agências, em última análise, a despeito de se tratarem de soluções acordadas entre o Poder Público e o particular, não se cogita da semelhança à arbitragem propriamente dita, eis que haverá decisão da própria autarquia e não laudo arbitral de terceiro.

Ademais, as decisões das agências poderão ser objeto de questionamento judicial³⁹⁸, sendo que os laudos ou sentenças arbitrais jamais poderão ter seu mérito revisto pelo juiz, por conta da formação da coisa julgada material, exceto nas hipóteses prescritas em lei, tais como as nulidades.³⁹⁹

Com essas considerações, entende-se suficientemente demonstrado o rol de legislação vigente no Brasil a respeito de soluções convencionais de conflitos envolvendo a Administração Pública e as situações decorrentes do desempenho da função administrativa, além daquelas envolvendo o interesse público propriamente dito, desde que observadas as condições e requisitos fixados em lei.

Vistos e analisados os aspectos da teoria geral da transação, enquanto negócio jurídico bilateral regido pelo regime jurídico de Direito Privado, bem como atestada a possibilidade de que as soluções convencionais tenham validade jurídica e aplicabilidade nas questões relacionadas ao interesse público, regidas pelo Direito Administrativo, nos termos da legislação vigente, o capítulo a seguir tratará do tema

³⁹⁷ GUSKOW, André. cit., p. 41.

³⁹⁸ “Desenvolve-se, nesse caso, um processo administrativo. A decisão final será passível de revisão pelo Poder Judiciário, observando-se os mesmos limites que recaem sobre o controle jurisdicional da atividade administrativa. Não se trata, portanto, de processo arbitral propriamente dito.” (KLEIN, Aline Lícia. cit., p. 88).

³⁹⁹ Nesse sentido: “Ainda, cumpre lembrar que a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/96 ostenta as seguintes características: irrecorribilidade das decisões, assunção de eficácia sentencial independentemente de chancela judicial, formação de coisa julgada material e possibilidade de revisão apenas nas restritas hipóteses expressamente previstas na Lei de Arbitragem. A conclusão que se extrai deste último aspecto é que o mérito da sentença arbitral jamais poderá ser reexaminado pelo juiz.” (*Idem*, p. 193).

relacionado à transação e seu regime jurídico, a partir de seus principais aspectos, especificamente no que diz respeito ao Direito Tributário.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ “Hay una gama cada vez mayor de instituciones u organizaciones difícilmente catalogables que se sitúan en una franja intermedia, justamente en el límite entre lo público y lo privado. Para complicar aún más las cosas, asistimos al apogeo de otro fenómeno, el de la ‘huída’ del Derecho Administrativo. En numerosos ámbitos (desde la Seguridad Social a la recaudación de impuestos), la Administración recurre a técnicas jurídico-privadas para poder alcanzar más fácilmente sus objetivos. Prefiere actuar sometida, total o parcialmente, al Derecho Privado, mucho menos rígido, planteándose así, con toda crudeza, el clásico dilema entre eficacia y preservación de las garantías de los administrados.” (UBILLOS, Juan María Bilbao. cit., pp. 267-268).

Capítulo 3 – A transação no Direito Tributário

3.1 A Relação jurídica tributária: quadro evolutivo e reflexos na transação

Assim como no Direito Administrativo a consensualidade acompanhou o quadro evolutivo do Estado e a variação do grau de participação dos particulares nas tarefas públicas, a relação jurídica tributária também demonstra ter sofrido reflexos dessa natureza.

É que numa perspectiva histórica do Direito Tributário, identificam-se alterações na relação estabelecida entre os sujeitos integrantes da relação jurídica tributária, notadamente no que refere ao exercício do denominado *poder de tributar* e seus aspectos material e formal.

Desde logo fixada como premissa a expressão “relação jurídica tributária”, nas palavras de Roque Antonio Carrazza, “abrange, além da obrigação tributária ‘strictu sensu’, toda a imensa gama de deveres instrumentais que se podem criar em torno do tributo.”⁴⁰¹

Nesse mesmo sentido e salientando que todos os trâmites da apuração ou liquidação do crédito tributário se encontram integrados e têm a mesma natureza jurídica da obrigação principal⁴⁰², Carlos Celso Orcesi da Costa, em obra específica sobre essa temática, conceitua essa relação jurídica tributária “como sendo um conjunto dinâmico de direitos e deveres integrados, de conteúdo e funcionalidade variados, surgido em virtude do relacionamento concreto entre o Estado, e de outro lado um contribuinte ou responsável, tendo por principal finalidade o pagamento do tributo, ou a satisfação de algum outro interesse das partes.”⁴⁰³

⁴⁰¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *O sujeito ativo da obrigação tributária*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1977, p. 26.

⁴⁰² “Es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco, como sujeto activo que pretende el cobro de un tributo, y un sujeto pasivo que está obligado a su pago. Tiene identidad estructural con la obligación de derecho privado y las diferencias surgen de su objeto, que es el tributo. Si el vínculo entre dos sujetos significa la facultad legal concedida a uno de ellos para exigir determinado comportamiento del otro, tal vinculación constituye una *relación jurídica*, porque necesariamente debe ser normada por el derecho.” (VILLEGAS, Héctor Belisario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 9. ed., Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 318).

⁴⁰³ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Obrigação, lançamento e relação jurídica tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 222.

Enquanto sujeito ativo da relação jurídica tributária, o Estado revela-se titular de direito à cobrança (exigência) dos tributos, assim como o cumprimento dos referidos deveres instrumentais ou obrigações tributárias acessórias.

De modo que, nas palavras de Alcides Jorge Costa: “A cobrança de tributos envolve o exercício de poder pelo Estado. A submissão do indivíduo a este poder conduz à busca de meios de proteção contra excessos.”⁴⁰⁴

Trata-se, além da competência tributária enquanto direito de criar o tributo, do exercício da denominada *capacidade tributária ativa*, ou seja, direito de fiscalizar e arrecadar o tributo, mediante procedimento de cobrança, após a ocorrência do fato jurídico tributário.⁴⁰⁵

O exercício dessa função administrativa de cobrança exige prerrogativas⁴⁰⁶ em favor do Estado que recebem a denominação de *poder de tributar* ou *potestade administrativa*.⁴⁰⁷

O que se está a afirmar é que o modo pelo qual se exerce esse *poder*⁴⁰⁸, no âmbito da conceituada relação jurídica tributária, variou de acordo com as mutações

⁴⁰⁴ COSTA, Alcides Jorge. “Algumas notas sobre a relação jurídica tributária.” In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio. (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 21.

⁴⁰⁵ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 536.

⁴⁰⁶ Inclusive em nível constitucional, conforme disposto no artigo 37, inciso XVIII da CF88: “a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei.”

⁴⁰⁷ Veja-se a lição de Ramón Valdés Costa acerca dessa função administrativa de fiscalização e arrecadação de tributos qualificada como *poder de tributar* ou *potestade*: “Por referirse a la función administrativa, y no legislativa, como en el caso anterior, el cometido de la administración es aplicar la ley, recaudando los importes correspondientes, a cuyo efecto tiene amplias facultades para liquidar la deuda mediante el acto de determinación, para controlar las liquidaciones de los contribuyentes, efectuar investigaciones sobre posibles omisiones o evasiones, decidir los recursos administrativos.” (COSTA, Ramón Valdés. *Instituciones de derecho tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 3).

⁴⁰⁸ José Juan Ferreiro Lapatza qualifica o mesmo como sendo um *poder financeiro*, de acordo com a seguinte passagem: “Mas as faculdades não contêm em si próprias a razão definitiva de sua existência. São concedidas por algo e para algo. São concedidas porque o ordenamento reconhece que certos interesses dos diferentes sujeitos são dignos de proteção. São concedidas para garantir a satisfação desses interesses. A Administração Pública em geral, e Financeira em particular, devem atuar no interesse da comunidade, da maneira como se interprete este interesse em cada momento histórico por cada organização política. Deve sempre procurar satisfazer o interesse público. O interesse coletivo. Um interesse que neste sentido é superior aos interesses particulares próprios de cada administrado. A Administração deve sempre atuar em função desse interesse superior. E esta ideia de ‘superioridade’ justifica o fato de que o

verificadas no perfil estatal.⁴⁰⁹ Esse movimento é denominado por Ricardo Lobo Torres como “afirmação histórica do poder de tributar”.⁴¹⁰

No denominado Estado Patrimonial, de meados do século XII até metade do século XVIII, era possível a identificação de algumas formas de imposição sobre a riqueza dos súditos, sempre com a justificativa das necessidades do príncipe. Essas exações, porém, não se confundiam com o exercício do mencionado poder de tributar.⁴¹¹

Posteriormente, no período relacionado ao denominado Estado Polícia, o patrimônio público deixou de ser confundido com a riqueza do príncipe, passando a pertencer ao então denominado Fisco, com personalidade própria. Esta, por sua vez, estava submetida, como qualquer outro particular, à Justiça e às normas jurídicas, é dizer, ao Direito Civil. A relação jurídica tributária caracterizava-se, assim, como uma relação de poder⁴¹², dividido em poder de polícia e poder

ordenamento atribua à Administração faculdades e potestades extraordinárias, exorbitantes, excepcionais, distintas daquelas que pode atribuir aos particulares. (...) É assim que a Administração se coloca em uma situação jurídica de poder excepcional. Atua como titular do poder de império. Tal situação consiste essencialmente no poder de fazer prevalecer coativamente sua vontade sobre a vontade dos particulares. O *Imperium*, concebido assim como a titularidade de faculdades excepcionais, não se manifesta apenas no momento da realização coativa do ato. A supremacia da Administração se manifesta aqui, fundamentalmente, através da executoriedade do ato administrativo e da autotutela da Administração.” (*Direito tributário: teoria geral do tributo*. Barueri, SP: Manole; Espanha, ES: Marcial Pons, 2007, p. 76)

⁴⁰⁹ “Esta lição pode estar bastante presente na análise das doutrinas sobre a relação jurídica tributária. Nalgumas teorias o elemento poder predomina, ao passo que noutras procura-se estabelecer um nexu intersubjetivo, em que as partes – Estado e contribuinte – ocupem posição igual e não de subordinação deste em relação àquele. Por outras palavras, em algumas teorias, aparece com destaque que a intersubjetividade caracterizada numa relação obrigacional cuja estrutura não se distingue da obrigação de direito privado, embora diferentes a função de uma e a da outra. Do ponto de vista patrimonial, o nexu obrigacional parece mais protetor do que a simples submissão ao poder, mesmo no Estado de Direito.” (COSTA, Alcides Jorge. cit., pp. 22-23).

⁴¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. “O poder de tributar no estado democrático de direito.” In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público útil e do privado contemporâneo: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 460.

⁴¹¹ *Idem*, p. 461.

⁴¹² Addy Mazz anota com propriedade o equívoco de se considerar que sempre o Estado impunha obrigações aos particulares colocando-se numa posição de supremacia pela qual seu interesse prevalecia sobre o daqueles que se encontravam submetidos ao seu arbítrio: “La tesis que le atribuía el carácter de relación de poder, no distinguía a los aspectos propios del derecho tributario sustantivo o material de los de derecho formal o administrativo, dando a la relación jurídica tributaria un contenido complejo constituido por una serie de pretensiones: el tributo propiamente dicho, la posibilidad de citar a contribuyentes y testigos, la facultad de exigir

financeiro. O primeiro visava manter a boa ordem social. Já o poder financeiro era responsável por prover o Estado com os recursos que lhe eram necessários.⁴¹³

Conforme observado por Ricardo Lobo Torres, esse Estado Polícia e “seu absolutismo político e a sua economia mercantilista ou comercial, foi historicamente substituído pelo Estado Fiscal, com a sua estrutura econômica capitalista e o seu liberalismo político e financeiro.”⁴¹⁴

Com efeito, após a ocorrência das revoluções liberais caracteriza-se a presença do Estado Fiscal, mantido por meio de receitas derivadas do patrimônio dos particulares. Num primeiro momento assume a feição de Estado Liberal Fiscal, especificamente entre os séculos XVIII e XIX. Logo após esse período, com a evolução do quadro estatal, qualifica-se o Estado Social Fiscal⁴¹⁵, marcado pelo advento do Código Tributário Alemão, em 23 de dezembro de 1919.⁴¹⁶

Esse dado vem registrado por Albert Hensel, no seguinte trecho extraído de sua obra clássica: “En los años 1919 y 1920 se sentaron las bases del sistema tributario alemán, todavía vigente en lo esencial (pese a la nueva redacción de la mayor parte de las leyes tributarias).”⁴¹⁷

declaraciones juradas, y demás obligaciones a que quedan sujetos los particulares. La obligación tributaria sería compleja y contendría obligaciones de dar principales como el pago del tributo, de dar accesorias como pagar intereses o recargos y también de hacer. Del contenido heterogéneo de la relación jurídica tributaria y de la presencia de facultades especiales otorgadas a la administración para la determinación el tributo, surgía la errónea concepción de poder”. (*Curso de derecho financiero y de finanzas*. 3. ed., T. 1, Vol. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 141).

⁴¹³ Cf. COSTA, Alcides Jorge. cit., pp. 21-24.

⁴¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. “Mutações do estado fiscal.” In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Orgs.). *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 1055.

⁴¹⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O poder de tributar no estado democrático de direito”, p. 463.

⁴¹⁶ Cf. COSTA, Alcides Jorge. cit., p. 25.

⁴¹⁷ HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 96. Cumpre aqui referir à seguinte observação de Heleno Taveira Torres: “Mais tarde, Albert Hensel, no seu magnífico ‘direito tributário’, explica que, na Alemanha, só caberia falar em ‘sistema tributário’ com a fundação do Império Alemão, em 1871, mas que só surgiu efetivamente após a introdução da Ordenança Tributária, a Lei de 10 de setembro de 1919, dentro da reforma tributária de Erzberger, já sob a República de Weimar.” (*Direito constitucional tributário...*, p. 303).

Demonstra-se, assim, que na doutrina alemã não prevaleceu a teoria da relação tributária qualificada como relação de poder.⁴¹⁸

As manifestações doutrinárias italianas, como por exemplo, aquela difundida por Orlando⁴¹⁹, assim como na Alemanha, consideravam que o Estado dotado do poder de tributar exercia o mesmo igualmente em posição de supremacia em relação ao particular.⁴²⁰ No entanto, tal como também verificado na Espanha, e registrado por Alcides Jorge Costa, posteriormente “a maior parte da doutrina italiana adere ao esquema da relação tributária como relação jurídica centrada na obrigação tributária.”⁴²¹

Mencionado Estado Social Fiscal tinha como característica a confusão entre poder de tributar e outras formas de ação sobre o domínio social e a economia. Essa característica resultou em seu colapso a partir do final da década de 1970, com escassez de receitas públicas necessárias ao financiamento dos seus gastos públicos, notadamente em face da prática abusiva de concessão de benefícios com dinheiro público, aliada ao insuportável crescimento da dívida pública, de políticas orçamentárias deficitárias e recessão econômica.⁴²²

Com a queda do muro de Berlim no plano internacional, e o advento da Constituição Federal de 1988 no âmbito interno, passa a vivenciar-se o Estado Democrático Fiscal, identificado por um sistema tributário que, de acordo com Heleno Taveira Torres, “tem como virtude o rompimento com a ideia secular de que o tributo seria expressão do *jus imperii* do Estado e que o seu conteúdo equivaleria unicamente ao exercício do ‘poder de tributar’, enquanto poder soberano.”⁴²³

⁴¹⁸ “Como se verifica, a doutrina alemã foi desde a concepção da relação tributária como uma relação de poder, naturalmente com obediência à lei, até à idéia desta relação como uma obrigação em que, à guisa da obrigação de direito privado, as partes estivessem em pé de igualdade, para afinal admitir a subordinação do cidadão ao Estado, mas dentro da estrita legalidade e na busca de forças (...)” (COSTA, Alcides Jorge. cit., p. 27).

⁴¹⁹ *Idem.*

⁴²⁰ Cf. MAZZ, Addy. cit., p. 140.

⁴²¹ COSTA, Alcides Jorge. cit., p. 30.

⁴²² Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “Mutações do estado fiscal”, pp. 1059-1060.

⁴²³ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, p. 305.

Caracterizado por um novo equilíbrio entre seus poderes, mediante flexibilização da legalidade estrita e com a judicialização da política tributária⁴²⁴, Ricardo Lobo Torres ensina que o Estado Democrático Fiscal “afirma-se sobretudo na via do orçamento e da reestruturação do sistema tributário, com o controle dos gastos públicos, o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais e certa regulação do social e do econômico”.⁴²⁵

No ordenamento jurídico vigente no Estado Democrático Fiscal não se pode cogitar da existência de um poder de tributar absoluto, mas sim um poder paritário⁴²⁶, eis que a atuação da Administração Tributária é regrada e disciplinada pelo Direito, que impõe limites.

⁴²⁴ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O poder de tributar no estado democrático de direito”, p. 463.

⁴²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. “Mutações do estado fiscal”, p. 1063.

⁴²⁶ José Osvaldo Casás confirma a noção de poder paritário em termos de equilíbrio da relação jurídica tributária: “La administración tributaria sólo puede obligar al contribuyente ‘*en nombre de la ley*’, en tanto en la República como en otras formas de gobierno en que rige el principio del ‘*Estado de Derecho*’, el contribuyente ha dejado de ser súbdito para convertirse en ciudadano. La gestión de los tributos encuentra un cauce en el que confluyen prerrogativas de la Administración y derechos del contribuyente a oponerse a la opresión, en tanto el poder tributario se ejercita y agota en la sanción de la ley, colocando a los sujetos de la relación tributaria en una situación de igualdad o paridad. (...) Las prerrogativas discrecionales que se concedan en materia administrativa para la verificación y fiscalización, si bien fundadas en el interés general de la regular percepción de la renta pública, deberán estar acompañadas de las correlativas garantías a favor de los contribuyentes, para no desequilibrar la igualdad de las partes.” (CASÁS, José Osvaldo. “Seguridad jurídica, legalidad y legitimidad en la imposición tributaria.” In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da Administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 392-393). Também segue nessa linha o ensinamento de Diogo Leite de Campos: “Depois, a afirmação do Estado de Direito como Estado-dos-Cidadãos, participantes na própria atividade administrativa e nas decisões aqui tomadas, tem vindo a refletir-se em Direito Tributário. (...) Tende a desaparecer a idéia do acto tributário, estabelecendo-se as relações entre a Administração e o contribuinte entre duas partes paritárias e independentes.” (“Certeza e direito tributário: a arbitragem.” In: TORRES, Heleno Taveira [Coord.]. *Tratado de Direito Constitucional Tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 781). Em sentido oposto, tem-se a manifestação de Aurélio Pitanga Seixas Filho: “A relação jurídica da autoridade administrativa, cuja especificidade ainda hoje não é corretamente entendida, graças ao mimetismo com a relação jurídica obrigacional, distingue-se desta em razão do poder legal (potestade) que é concedido às autoridades que têm o dever de aplicar as leis (...). Apesar desta lição, muitos tributaristas mantiveram, e ainda mantêm, o conceito de igualdade entre a autoridade fiscal e o contribuinte na relação tributária obrigacional, desdenhando da característica da função administrativa, provavelmente com base numa pretensa autonomia do direito tributário em face do direito administrativo. (...) Não é possível equiparar a função da autoridade administrativa fazendária numa relação jurídica com o contribuinte, pois não exerce nenhum direito subjetivo mas sim uma potestade delegada em lei (...).” (FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. *Aplicação da lei tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 98-100).

O que se verifica é a competência tributária enquanto manifestação de autonomia da pessoa política e sua sujeição ao ordenamento jurídico-constitucional.⁴²⁷

De acordo com Eduardo Paz Ferreira, considerada a relação jurídica tributária, trata-se de “um processo em que o Estado cada vez menos recorre a poderes de autoridade e, cada vez, mais procura conversar com a sociedade, e em especial, com os agentes econômicos, com os seus ‘súbditos’ para usar a antiga expressão, que deixam de ser súbditos para passar a ser verdadeiramente parceiros num quadro de concertação social”.⁴²⁸

Passam a assumir relevância ímpar os princípios da proteção da confiança e da boa-fé, a partir dos quais o Estado deve respeitar os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, pois o fato indutor dessa confiança deve ser criado pelo Poder Público e seus órgãos.⁴²⁹

Previsibilidade, transparência, certeza do direito, segurança jurídica na relação entre Fisco e contribuinte, estabilidade nas atividades de interpretação e aplicação da legislação, sedimentação jurisprudencial, observância da moralidade e eficiência administrativas, enfim, todos esses princípios devem ser estritamente observados e preservados no Estado Democrático Fiscal.⁴³⁰

⁴²⁷ Essa a linha de entendimento de Roque Antonio Carrazza, que ao tratar do conceito de competência tributária assim discorre: “Em boa técnica, não se deve dizer que as pessoas políticas têm, no Brasil, *poder tributário*. *Poder tributário* tinha a Assembléia Nacional Constituinte, que era soberana. Ela, realmente, tudo podia, inclusive em matéria tributária. A partir do momento, porém, em que foi promulgada a Constituição Federal, o *poder tributário* retornou ao povo (detentor da soberania). O que passou a existir, em seu lugar, foram as *competências tributárias*, que a mesma Constituição Federal repartiu entre a União, os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal.” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, pp. 531-532).

⁴²⁸ FERREIRA, Eduardo Paz. “A possibilidade de arbitragem tributária.” In: I Conferência AIBAT-IDEFF: a arbitragem em direito tributário. Colóquios IDEFF, n. 2. Lisboa: Almedina, 2010, p. 19.

⁴²⁹ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, , N. A., pp. 1305-1330. No mesmo sentido: DERZI, Misabel de Abreu Machado. “Buena fe en el Derecho Tributario” In: PISTONE, Pascuale; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 265-281.

⁴³⁰ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, pp. 209-297.

Nessa configuração do Estado Democrático Fiscal enquanto Estado Cooperativo⁴³¹, a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos de natureza tributária demonstra a existência de um processo de modernização organizativa, do modo de atuação e, também, das formas de realização da função administrativa; introduzindo, assim, certa dose de flexibilidade, com limites na lei, que possibilite à Administração Pública, em especial à Administração Tributária, a consecução eficiente de suas finalidades primordiais.⁴³²

Afastam-se, assim, os pressupostos autoritários de outrora no que diz respeito à relação jurídica tributária, numa perspectiva de reequilíbrio de forças nos vínculos existentes entre Estado e contribuintes.⁴³³

Dentre referidos métodos consensuais de solução de controvérsias tributárias, verifica-se a presença e a previsão normativa da transação, conforme explorado no tópico seguinte.

⁴³¹ TORRES, Ricardo Lobo. “Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 95. Válida a transcrição dos ensinamentos de José Casalta Nabais a esse respeito: “Tendo em conta a dimensão do fenómeno fiscal nos países industrializados, expressa sobretudo no facto de os impostos abarcarem mais de um quarto do produto interno bruto, de marcarem a relação entre o cidadão e o Estado e de influenciarem de forma assinalável toda a actividade económica e social, não custa compreender que, à semelhança do que sucedeu ao nível mais geral da acção económica do Estado onde se institucionalizou a chamada ‘economia concertada’, o desenvolvimento da colaboração se tenha instalado também na relação entre a Administração fiscal e os contribuintes. (...) Mais que questionarmo-nos acerca da designação, da extensão horizontal e vertical e da natureza jurídica da auto-liquidação, importa aqui assinalar o que uma tal figura significa como ponto de chegada de todo um processo evolutivo que, no decurso de um século, passou, de um estágio em que era natural que o contribuinte assumisse uma atitude puramente passiva face às pretensões do Estado e pagasse os impostos se e nos limites em que ele era fixado por um acto de autoridade (acto autoritário = acto tributário), para um estágio em que domina a ideia de que o contribuinte deve colaborar activamente com a Administração fiscal na prossecução dos objectivos assinalados à aplicação dos impostos.” (NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais [reflexões acerca de sua admissibilidade]*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Juridica 5. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 173-175).

⁴³² ANTÓN, Fernando Serrano. *La resolución de conflictos en el derecho internacional tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*. Navarra: Aranzadi-Thompson Reuters, 2010, p. 36.

⁴³³ *Idem*.

3.2 Conceito, natureza jurídica e características gerais

Considerada desde o ponto de vista material, a transação, como regra advinda da teoria geral desse instituto e extraída do Direito Privado, conforme examinado no início do presente estudo científico, pressupõe, mesmo para fins tributários, a existência de três pressupostos essenciais, sendo eles: (i) a dúvida, incerteza, ou conflito já configurado; associados ao (ii) temor que essa situação gera para o contribuinte do ponto de vista de sua segurança jurídica; e, também, (iii) a vontade que os sujeitos integrantes da relação jurídica tributária tem de, mediante concessões mútuas e nos termos que a lei autorizadora vier a permitir, prevenir ou, desde logo, extinguir esse conflito real ou potencial.⁴³⁴

Além desses pressupostos gerais do instituto ora analisado, no âmbito do Direito Tributário são identificáveis conceito e requisitos que, além de peculiares, afiguram-se específicos.

A transação tributária consiste na celebração de um acordo ou consenso entre os sujeitos da respectiva relação jurídica, com amparo em lei autorizadora, por meio do qual se objetiva alcançar solução satisfatória e definitiva para ambos acerca de uma determinada controvérsia ou conflito dessa natureza.

Conceituando o instituto, e agrupando os elementos que, levados em consideração os pressupostos gerais da transação, Heleno Taveira Torres leciona que a “transação tributária tem como pressupostos o litígio e a vontade de transigir,

⁴³⁴ Esses três elementos ou pressupostos são também assim referidos por Eva María Gil Cruz: “Respecto al primero de los elementos definitorios de la transacción, es innegable que las técnicas convencionales hacen su entrada en el Derecho tributario para, a través de las mismas, despejar la incertidumbre ante la indeterminación de los conceptos que la norma jurídica contiene, así como, fijar la valoración de la base imponible además de otros elementos configuradores de la obligación tributaria, de una manera conjunta entre las partes cuando los mismos fuesen incertos. (...) En relación con el segundo de los requisitos, esto es, la intención de sustituir la incertidumbre que podría desembocar en una futura controversia, por una relación cierta y segura, constituye uno de los principales fines buscados por la negociación para determinar la obligación tributaria. (...) Y por último se sitúa un elemento claro en la esfera *iusprivatista*, pero no tanto en el Derecho tributario, como es la concesión mutua de pretensiones entre las partes.” (CRUZ, Eva María Gil. *Las actas con acuerdo en el procedimiento inspector tributario*. Pamplona: Aranzadi-Thompson Reuters, 2009, pp. 101-102).

mediante concessões recíprocas da Administração e dos contribuintes, mediante o acordo obtido.”⁴³⁵

Assim como efetuado em relação à transação no âmbito do Direito Privado, considerada a sua peculiaridade derivada das regras e características do regime jurídico público-tributário, conceitua-se a transação tributária como o *negócio jurídico administrativo, celebrado entre sujeito ativo e passivo de uma determinada relação jurídica tributária controvertida, que, nos termos e condições estabelecidos pela lei, mediante manifestação expressa de suas respectivas vontades, avençam em relação aos seus interesses contrapostos, por meio de concessões mútuas, resultando na extinção do litígio em face do adimplemento do crédito tributário correlato.*

Da mesma forma, e conforme verificado no Direito Privado, mais especificamente no artigo 840 do Código Civil, o Direito Tributário também contempla um conceito legal de transação.

Com efeito, o Código Tributário Nacional – CTN inclui a transação entre as modalidades de extinção do crédito tributário, previstas no rol taxativo do artigo 156, especificamente em seu inciso III.⁴³⁶

Nesse caso, o fenômeno da desintegração do crédito tributário, originário da respectiva obrigação, e que foi nominado pelo legislador como *extinção* do mesmo, dá-se pelo desaparecimento do objeto da mesma, assim como dos direitos e deveres correlativos.

Paulo de Barros Carvalho indica com propriedade que lhe é característica que, assim como o surgimento e as modificações verificadas durante a sua existência, a extinção das obrigações tributárias deve ocorrer tão somente nos termos e condições prescritos pela lei, pois “o princípio da estrita legalidade impera em toda a

⁴³⁵ TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 312.

⁴³⁶ CTN, art. 156: “Extinguem o crédito tributário: (...) III – a transação.

extensão e a ele se adjunta, em vários momentos, o postulado da indisponibilidade dos bens públicos.”⁴³⁷

A partir daí, então, tem-se no artigo 171 do CTN o referido conceito legal dessa modalidade extintiva, qual seja: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação⁴³⁸ de litígio e consequente extinção do crédito tributário.” Do parágrafo único desse mesmo dispositivo legal extrai-se que: “A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.”

Como elemento essencial de referido conceito normativo, enquanto acordo celebrado entre os sujeitos ativo e passivo da relação tributária, mediante concessões mútuas, a transação depende de lei específica e autorizativa.

De pronto se identifica a relevância do princípio da legalidade, seja em sua acepção genérica⁴³⁹, assim como na legalidade administrativa⁴⁴⁰, ou, também,

⁴³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem...*, pp. 468-469.

⁴³⁸ “A determinação de litígio como a finalidade positivada para a transação no direito tributário, em geral, é interpretada como ‘erro de digitação da lei’. Editores que reproduzem o texto do Código Tributário Nacional acrescentam notas de esclarecimento ao Art. 171 para indicar a palavra ‘terminação’ como o signo supostamente correto. (...) Uma primeira explicação (semântica) para a utilização da palavra ‘determinação’ na redação do Art. 171, CTN, leva à indicação de que a finalidade a ser considerada na (des)autorização da transação deve ser a busca de uma decisão, a resolução, o encerramento de litígio tributário. É esse o sentido adotado pelos editores do Código Tributário Nacional como fundamento para a usual ‘nota de correção’ do texto legal. Contudo, é preciso atentar para as acepções indicativas de conformação, delimitação da solução da contenda. A edição do ato administrativo prévio ao acordo deve ser resultado de ponderações acerca do litígio. Trata-se de avaliar seus elementos em face das soluções admissíveis, de modo a indicar a conclusão que melhor atenda aos interesses públicos na espécie. Com isso, é delimitado o âmbito para atuação do agente administrativo em interação com o sujeito passivo. Ademais, determinar o litígio pode indicar a discussão sobre a incerteza (subjetiva) até sua elucidação pela compreensão recíproca entre os litigantes. Nessa perspectiva, a transação envolveria a eliminação da imprecisão que gerou a polêmica entre as partes, solucionando o litígio que esteja em processamento administrativo ou judicial.” (ARAÚJO, Nadja. *Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação Imposta*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, pp. 97-99). Nesse mesmo sentido, vale conferir: GOLDSCHMIDT, Fabio Brum. “Arbitragem e transação tributária – verificação de compatibilidade”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 48. São Paulo: Dialética, 1999, p. 59.

⁴³⁹ CF88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

relacionada especificamente à estrita legalidade em matéria tributária⁴⁴¹, enquanto elemento fundamental do conceito legal em referência.

Trata-se de uma decorrência do regime jurídico de Direito Público, mais especificamente do Direito Tributário.

Somente com amparo em autorização legislativa específica é que poderá cogitar-se da possibilidade de ser celebrada transação em matéria tributária, ou seja, será com base em condições e requisitos previstos na lei que contribuintes e Administração Tributária poderão alcançar solução consensual para um determinado conflito dessa índole. Existe, nesses termos, uma cristalina delimitação da atuação dos sujeitos, com marcos de legalidade.⁴⁴²

Será unicamente nos termos e nas condições estabelecidas em lei que os sujeitos da relação jurídica tributária poderão celebrar transação.⁴⁴³

Seguindo esse mesmo entendimento, Bernardo Ribeiro de Moraes leciona que a “transação exige sempre a existência de lei, sem a qual deixa de existir a causa extintiva do crédito tributário.”⁴⁴⁴

Nessa esteira, Ricardo Lobo Torres consigna que: “A transação tributária, como outras figuras de extinção do crédito previstas no CTN (compensação e remissão), está sujeita ao princípio da reserva legal.”⁴⁴⁵

A autorização legislativa prévia estabelecida pelo *caput* do artigo 171 do CTN qualifica o mesmo como uma *norma de estrutura*, enquanto lei complementar instituidora de norma geral em matéria tributária, disciplinando o processo de transação ao estabelecer as propriedades das respectivas competências e órgãos

⁴⁴⁰ CF88, art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...).”

⁴⁴¹ CF88, Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

⁴⁴² ARAÚJO, Nadjá. cit., p. 69.

⁴⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem...*, p. 484.

⁴⁴⁴ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 625.

⁴⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 266.

responsáveis pela sua condução. Com isso, ficam estabelecidas quais as obrigações tributárias e também quais as condições em que essas mesmas se sujeitam à possibilidade de extinção por meio da transação.⁴⁴⁶

Ao referir-se a esse dispositivo enquanto *norma de estrutura*, Nadja Araújo confirma que o mesmo “dispõe para o legislador competente traçar uma moldura para validar a opção dos sujeitos da obrigação tributária pela autocomposição na solução de litígio com a extinção do crédito tributário.”⁴⁴⁷

Afigura-se, desse modo, uma decorrência direta do disposto pelo artigo 146, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal⁴⁴⁸, cabendo à lei complementar fixar normas gerais em matéria tributária, especificamente em se tratando de regras relacionadas à obrigação e ao crédito tributário.⁴⁴⁹

A partir da regra geral e abstrata⁴⁵⁰, com hierarquia de lei complementar em matéria tributária, que hoje vem entabulada no artigo 171 do CTN⁴⁵¹, poderão os Entes Políticos no exercício de suas respectivas competências normativas instituir,

⁴⁴⁶ Cf. DACOMO, Natalia De Nardi, cit., p. 186.

⁴⁴⁷ ARAÚJO, Nadja. cit., p. 69.

⁴⁴⁸ CF88, art. 146, III, *b*: “Cabe à lei complementar: (...) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre (...) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

⁴⁴⁹ “Prosseguindo, o preceptivo constitucional do artigo 146 atribui competência à lei complementar, para prevenir conflito de competência, para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, para estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre a definição de tributo e de suas espécies, dos fatos geradores, das bases de cálculos e dos contribuintes dos impostos, sobre obrigação, lançamento, crédito, e assim por diante. Em observância à referida norma constitucional, a Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional, lei esta recebida pela Constituição, de 1988, com *status* de lei complementar, disciplina vários desses pontos. Assim, por exemplo, vários preceitos dessa lei, em especial o seu artigo 97, regulamentam o princípio da legalidade tributária, explicitando o campo da reserva legal, incluso nele a moratória, o parcelamento, a transação, a compensação, remissão, a anistia (dispensa ou redução de penalidades) e a isenção.” (FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. cit., pp. 52-53).

⁴⁵⁰ “Conforme determina o Art. 171 do CTN, a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção do crédito tributário. Portanto, essas condições são os critérios que a lei que estabelecer a transação deve explicitar. Essa lei pertence à classe da norma geral e abstrata; isso significa que seus enunciados são conotativos, ou seja, estabelecem os critérios de identificação de um evento como fato jurídico.” (DACOMO, Natalia De Nardi, cit., p. 187).

⁴⁵¹ “As regras pertinentes ao crédito tributário são peculiares. Formam um regime jurídico a partir da Constituição que estabelece a sua veiculação mediante *lei complementar* que é o Código Tributário Nacional. Nesse contexto não se prevê composição extra-judicial de conflitos tributários que extinga a relação tributária.” (Cf. BRITO, Edvaldo. cit., p. 316)

por meio de lei ordinária e não necessariamente complementar, leis gerais ou específicas acerca da transação tributária.

A lei que o artigo 171 do CTN menciona pode ser tanto uma lei geral quanto uma lei específica que, como a própria classificação expressamente prevê, a primeira aplicando-se a múltiplos casos e a segunda a uma determinada situação fática ou jurídica.⁴⁵²

Onofre Alves Batista Júnior destaca a esse respeito que: “O CTN abre a possibilidade às pessoas políticas de, por meio de lei, disciplinarem a transação, isto é, a transação administrativo-tributária tem como pressuposto a existência de lei da entidade tributante disciplinando a sua celebração.”⁴⁵³

Assim o CTN, na qualidade de lei complementar tributária, fixa o poder normativo das pessoas políticas para, através das legislações específicas, disciplinarem a transação.⁴⁵⁴

Daí, conforme demonstrado no capítulo seguinte, a existência de leis gerais e específicas instituidoras de modalidades transacionais no âmbito da União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Importante notar, da mesma forma, que o referido dispositivo do artigo 171 do CTN não exige lei prévia unicamente para autorizar as partes correlatas a celebrar transação tributária, mas, especificamente em seu parágrafo único, encontra-se estabelecido que a competência para que a Administração Tributária enquanto sujeito ativo da relação jurídica possa celebrar transação deve necessariamente estar prescrita por respectiva lei de regência.⁴⁵⁵

A legislação instituidora da transação em matéria tributária deve, nesse aspecto, necessariamente propiciar um maior grau de flexibilidade, conferindo certa

⁴⁵² Cf. TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários”, p. 310.

⁴⁵³ JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 412.

⁴⁵⁴ Cf. DACOMO, Natalia De Nardi, cit., p. 191.

⁴⁵⁵ “O *objeto* dessa relação é a obrigação tributária, que, por sua vez, tem como *objeto* a prestação positiva (pecuniária *compulsória*, o tributo) de dar coisa certa, que sendo, assim, *compulsória*, é inarredável o seu cumprimento. Ocupa o lado passivo daquilo em que consiste o direito subjetivo de crédito do sujeito ativo, cujas prerrogativas não se compadecem com concessões, feitas por *declaração de vontade* desse sujeito, para além daquelas elencadas pela lei.” (BRITO, Edvaldo. cit., p. 316).

margem de discricionariedade à Administração Tributária, com o intuito de compor ou solucionar, a depender da situação, conflitos envolvendo obrigações de cunho tributário.

No mesmo sentido já alertava Aliomar Baleeiro ao consignar nos seus ensinamentos doutrinários que: “A autoridade só pode celebrá-la, com relativo discricionarismo administrativo na apreciação das condições, conveniências e oportunidades, se a lei lho faculta e dentro dos limites por ela fixados.”⁴⁵⁶

“Só mediante previsão legal a autoridade competente pode autorizar a transação em cada caso”⁴⁵⁷, leciona Hugo de Brito Machado.

Paulo Henrique Figueiredo, em obra específica e praticamente pioneira sobre o tema no Brasil, ao discorrer a respeito da transação tributária em face dos princípios, destaca que “para se operar a transação tributária, como dito, é absolutamente necessária a edição de uma norma autorizadora e específica, tendo em vista que a administração não goza de poder discricionário para firmar o pacto.”⁴⁵⁸

Rubens Miranda de Carvalho assinala que essa “atribuição de competência imbrica, em um único momento, a restrição quanto a (*sic*) capacidade de ação do administrador público, que pode fazer o que a lei lhe faculta, ou determine (poder/dever) e que não poderá fazer o que a lei não lhe haja permitido, sob pena de nulidade do ato praticado.”⁴⁵⁹

Passível de crítica, nesses termos, o comentário de Carlos Valder do Nascimento em relação ao artigo 171 do CTN, especialmente ao anotar que referida

⁴⁵⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁴⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 214.

⁴⁵⁸ FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Bagaço, 2004, p. 142. Também fazendo referência à necessidade de lei para exercício do poder discricionário por parte do agente público, Onofre Alves Baptista Júnior pontifica: “O CTN abre a possibilidade às pessoas políticas de, por meio de lei, disciplinarem a transação, isto é, a transação administrativo-tributária tem como pressuposto a existência de lei da entidade tributante disciplinando sua celebração. Não havendo lei, a transação não pode ser feita, ou seja, a autoridade administrativa não está autorizada a transigir. Os entes tributantes, nos termos que vierem a estabelecer em lei, podem abrir margens de discricionariedade à Administração para que esta possa celebrar transações.” (cit., pp. 412-413).

⁴⁵⁹ CARVALHO, Rubens Miranda de. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2008, p. 35.

“norma codificada tributária recomenda que a lei determinará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.”⁴⁶⁰

Com o devido respeito, não se trata de mera recomendação mas, isto sim, requisito obrigatório e essencial para fins de celebração de transação em matéria de tributos e respectiva obrigação que lhe é imanente.

Em suma, no âmbito do Direito Tributário deve inexoravelmente ser a lei o veículo responsável por fixar não só as condições gerais e ou específicas para que se autorize e possibilite a realização de transação, mas, também, a delimitação da competência administrativa, assim como a fixação dos instrumentos, procedimentais ou processuais, por meio dos quais a avença deverá ser formalizada, gerando, a partir de então, seus efeitos legais.

Note-se que o artigo 171 do CTN, uma vez estabelecida a legislação tributária condicionante, não obriga os sujeitos da relação jurídica tributária a obrigatoriamente celebrarem transação. O dispositivo é claro ao mencionar que as partes terão a faculdade de fazê-lo, desde que, nos termos da lei, estejam dispostas a fazer concessões mútuas.

Por essa circunstância, e em qualquer situação, a transação tributária deve ser considerada como instrumento subsidiário, suplementar, e não ordinário ou obrigatório por assim dizer, para fins de composição ou solução de controvérsias dessa natureza. Em outras palavras, o método transacional não deve ser a regra, mas uma opção para solucionar o litígio, desde que observadas as suas condições e pressupostos, colocada à disposição dos administrados pelo ordenamento jurídico.

Ao lado do pressuposto da legalidade, o conceito legal de transação tributária igualmente revela a presença da *vontade* que os sujeitos integrantes da relação jurídica tributária devem manifestar de, através de concessões mútuas, prevenir ou, desde logo, extinguir esse conflito real ou potencial.

Figura comum ao Direito Privado, o conceito legal da transação ora apreciado traz a categoria das concessões mútuas entre os sujeitos ou partes relacionadas na relação jurídica tributária.

⁴⁶⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 448.

Nesse caso, importante lembrar, as concessões mútuas ou recíprocas derivam da idéia de direitos e obrigações em caráter de reciprocidade entre as partes relacionadas. Deve estar presente, conforme ressaltado, a figura do sacrifício, ou seja, as partes relacionadas devem, nos termos e condições fixados pela legislação de regência, ceder em relação aos seus interesses, um em favor do outro.

Essa reciprocidade releva a natureza jurídica de ato ou negócio jurídico bilateral da transação tributária, como é da sua essência no Direito Privado e no próprio Direito do interesse público, desde que observadas as condições e pressupostos fixados em lei, em detrimento da noção segundo a qual estar-se-ia unicamente diante de ato administrativo unilateral.

Nos termos já antes mencionados, as obrigações são, em geral, classificadas em dois grupos: as obrigações *ex lege* e as obrigações *ex voluntate*.

O que as distingue é que nos deveres jurídicos *ex voluntate* as obrigações são criadas e moldadas pela livre manifestação de vontade pelos sujeitos que integram a respectiva relação jurídica.

No tocante aos deveres jurídicos *ex lege*, mesmo que resultantes da livre vontade das pessoas, já que nenhum dever jurídico é criado independentemente de uma vontade, a consequência jurídica dos atos praticados é rigorosamente aquela estabelecida pela lei. Muito embora a consequência jurídica seja de natureza legal, não se afasta o elemento volitivo do sujeito que pretende celebrar transação, mediante concessões mútuas.

O sujeito passivo terá a opção, nos termos da lei, de propor transação à Administração Tributária. Nesse caso, o titular do dever de pagar o tributo é que reconhece a possibilidade de ceder em favor do sujeito ativo, titular do crédito. Este sujeito ativo, a seu turno e observados os limites que a lei venha a estabelecer, poderá, por meio de seu agente público competente para tanto, exercer um juízo de oportunidade e conveniência que configura certo grau de autonomia à sua vontade.⁴⁶¹

⁴⁶¹ Relevantes são os argumentos à falsa ausência de autonomia da vontade no ambiente da Administração Pública apresentados por José Casalta Nabais: “Outro argumento invocado pela doutrina negativista do contrato de direito administrativo é constituído pela chamada falta de autonomia da vontade da Administração. Partindo da constatação de que o contrato é um acordo

A limitação dessa autonomia reside justamente no texto da lei, ao fixar a abrangência e alcance do poder discricionário decisório – e jamais normativo⁴⁶² – atribuído Administração Tributária.

Hugo de Brito Machado coloca como questão essencial “saber se admitir a transação na relação tributária implica, ou não, violência ao princípio da legalidade.”⁴⁶³

Qualifica-se como pedestre e superada em todos os seus sentidos a conclusão segundo a qual o artigo 171 do CTN estaria eivado de inconstitucionalidade, por supostamente contrariar o princípio da legalidade quando admitida a alteração do conteúdo da obrigação tributária por manifestação de cunho volitivo.⁴⁶⁴ Importante

de vontades – o que implica que cada uma das partes, para poder contratar, carece de uma certa autonomia da vontade, isto é, de um certo poder de adaptação da sua vontade à vontade do outro contratante a fim de chegar a um acordo – certos autores concluíram pela impensabilidade do contrato no domínio do direito administrativo precisamente devido ao facto de a Administração – ao contrário do que acontece com os particulares que gozam de autonomia da vontade (ou autonomia privada) – não poder actuar senão em execução de imperativos legais. (...) E peca por defeito, porque acaba por reduzir a função administrativa à função de estrita execução da lei, ideia totalmente indefensável por duas ordens de razões. Por um lado, é hoje dado por assente que a máquina administrativa está irremediavelmente condenada a assumir a dimensão gigantesca e a actuação febril que a conformação da sociedade dela exige, o que nem é difícil de perceber se tivermos em conta que a avalanche de tarefas, em que o Estado se tem visto progressivamente submergido (...). Por outro lado, num Estado de Direito (material), que implica sempre uma (mínima) divisão de poderes, não se pode deixar de reconhecer à Administração uma certa margem de livre decisão ou discricionariedade como poder próprio dentro da lei (ou do direito) – uma certa zona de actuação da ideia de Direito no quadro de uma liberdade juridicamente determinada, margem essa que assim deixa aberta uma ampla porta à acção contratual das autoridades públicas sempre que a tal forma de acção não se oponha a lei.” (NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais...*, pp. 34-38).

⁴⁶² “A discricionariedade normativa administrativa se traduz na produção de regulamentos. Situação muito mais simples é a discricionariedade decisória, em que se trata de escolher solução para determinado caso concreto, sem que daí derive o surgimento de normas. (...) Para ser mais preciso, a discricionariedade normativa se traduz na *criação* de normas de conduta, enquanto a discricionariedade decisória consiste precipuamente na aplicação de normas de conduta.” (FILHO, Marçal Justen. cit., p. 217).

⁴⁶³ MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário”, *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 28. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 112.

⁴⁶⁴ “Em despeito do quanto dispõe o art. 171 do Código Tributário Nacional e apesar da equivocada opinião ainda prosperante em expressiva parcela da doutrina, não padece dúvida que o aludido instituto afigura-se incompatível com as premissas concernentes à tributação, dentre elas a necessária discricionariedade que preside a transação e a vinculabilidade que permeia toda a função administrativa relativa aos tributos. Diferentemente de determinadas modalidades extintivas, a teor da compensação ou da remissão ou da confusão, dentre outras, esta reconhecida por Jarach, as quais podem submeter-se a atos vinculados, a transação em contrário, somente pode ser efetivada por meio de ato administrativo discricionário, o que atrita o postulado da vinculabilidade da tributação.” (JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Comentários ao*

salientar, nesse ponto especificamente que, ao contrário do que se possa erroneamente concluir, o agente público, ao realizar transação tributária, não estará abandonando os ditames da legalidade, visto que esta tem hierarquia principiológica constitucional.

O que se pretende concluir é justamente o contrário, ou seja, a validade jurídica da legislação criando e estabelecendo condições para que a situação conflitante se traduza em solução justa, célere e eficaz, perfazendo o ideal da Justiça Tributária entre as partes relacionadas.

Em se tratando de obrigação tributária, repita-se, a transação depende de autorização legal expressa, mediante lei material e formal, ou seja, somente com previsão legal expressa a Administração Pública poderá autorizar e celebrar a transação em cada caso concreto.⁴⁶⁵

No dizer de Natalia De Nardi Dacomo: “A lei que implantar os acordos deverá descrever os critérios e as propriedades das obrigações tributárias, a fim de minimizar os dispositivos discricionários, em respeito aos princípios constitucionais às Normas Gerais de Direito Tributário.”⁴⁶⁶

O próprio conceito de discricionariedade revela determinado grau de autonomia da vontade do agente público, especialmente se considerada a existência de uma margem de liberdade para a eleição de um comportamento razoável e adequado ao caso concreto sobre o qual se está deliberando.⁴⁶⁷

Código Tributário Nacional. Vol. 2, Ives Gandra da Silva Martins [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 402).

⁴⁶⁵ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 517. Dentre os requisitos da norma geral e abstrata da transação, Natalia De Nardi Dacomo lista os seguintes: “a) O motivo ou pressuposto, que é a realização do evento, entendido como um acontecimento do mundo fenomênico que guarda identidade com as propriedades estabelecidas pela norma e está à espera da linguagem própria que lhe dê foros de objetividade; b) O agente competente, que é o funcionário a ser indicado pela lei para o exercício de tal função; c) A forma, que é a organização de linguagem que a lei entendeu adequada para o tributo; d) O conteúdo ou objeto, que é a norma individual e concreta que tem como consequência a extinção da obrigação tributária inserida no sistema por outra norma individual e concreta (ato de lançamento); e) a finalidade, que é o objetivo colimado pelo expediente, qual seja, o de, introduzindo a norma no ordenamento positivo, tornar juridicamente possível o fim do litígio e a consequente extinção da obrigação tributária.” (cit., p. 190).

⁴⁶⁶ DE NARDI, Natalia Dacomo. cit., p. 146.

⁴⁶⁷ Confira-se, nesse sentido: “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo

Registre-se, nesse ponto, a lição de Marçal Justen Filho, reconhecendo a necessária manifestação de vontade no contexto do exercício do poder discricionário, excluindo, assim, a simples escolha de uma dentre várias opções previamente determinadas legislativamente: “A discricionariedade até pode importar juízos de conhecimento, ou mesmo, de interpretação integrativa da lei, mas sua essência reside numa atuação de vontade, em que a autonomia do aplicador é limitada pela necessidade de realizar certo fim.”⁴⁶⁸

No caso da transação, demonstra ser inegável a intenção do Direito de se instituir referida margem de liberdade, visando assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa.

Segundo Ángeles De Palma del Teso, “los ciudadanos pueden participar y colaborar en la formación de la propia decisión administrativa, la cual ha dejado de ser monopolio exclusivo de Administración cuando ésta goza de cierta capacidad de decisión o de un margen de apreciación”, concluindo, assim, “que puede hablarse de ejercicio paccionado de la discrecionalidad.”⁴⁶⁹

Também, nessa mesma direção, partindo do pressuposto quanto à existência de incerteza ou dúvida, Juan Ramallo Massanet confirma que “la voluntad de las partes – que están en pie de igualdad en la relación obligacional – podría producir efectos, despejando dicha incertidumbre y, además, evitando conflictos ulteriores.”⁴⁷⁰

Esse corresponde ao mesmo entendimento externado por Nadja Araújo, reconhecendo um juízo optativo, que não se identifica com liberdade, no contexto de uma solução negociada para a controvérsia tributária, para a competência administrativa legalmente estabelecida: “Esse juízo aponta para uma margem de

menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48).

⁴⁶⁸ FILHO, Marçal Justen. cit., p. 216.

⁴⁶⁹ TESO, Ángeles de Palma del. *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 181.

⁴⁷⁰ MASSANET, Juan Ramallo. “Las posibilidades de acuerdo entre la Administración Financiera y el contribuyente en el ordenamiento italiano.” In: PISARIK, Gabriel Elorriaga (Coord.). *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial-Pons, 1996, p. 223.

livre decisão do administrador, surgindo a discricionariedade para a escolha do conteúdo: em função dos elementos circunstanciais, a opção entre as condutas de autorizar ou negar a realização do ajuste.”⁴⁷¹

Considerar-se a transação tributária como mero ato administrativo, ainda que participativo⁴⁷², significa ignorar, ainda que com limites impostos pela lei, a reciprocidade das concessões por meio necessariamente da manifestação da autonomia da vontade.

Se considerada unicamente como ato administrativo, a transação, segundo Onofre Alves Batista Júnior, corresponderia a “mero mecanismo para se verificar a realidade resultante da incidência legal, realidade esta encoberta por uma penumbra que impede que se verifique com exatidão a matéria fática.”⁴⁷³

José Casalta Nabais inclui dentre os “verdadeiros contratos fiscais” aqueles alcançados por meio da transação, admitindo-se, “no decurso do procedimento tributário, acordos relativos à prestação tributária – relativos à sua determinação ou mesmo relativos à sua exigibilidade – cuja causa-função é prevenir ou terminar um litígio através de concessões recíprocas (*aliquid datum* e *aliquid retentum* da questão controvertida.”⁴⁷⁴

Para Ana Perestrelo de Oliveira, igualmente nesse mesmo sentido: “À semelhança do Direito Administrativo, o Direito Fiscal deixa, na realidade, de se configurar como área de rigorosa vinculação legal, vindo a conhecer espaços de ‘disponibilidade’: a Administração Tributária pode celebrar contratos fiscais.”⁴⁷⁵

Por ocasião de trabalho doutrinário envolvendo as *actas con acuerdo* na Espanha, Yolanda Martínez Muñoz trabalha sobre a idéia da natureza jurídica contratual da transação ao qualificá-la como “un acuerdo entre el contribuyente y la

⁴⁷¹ ARAÚJO, Nadja. cit., pp. 123-124.

⁴⁷² Tome-se, como exemplo, a posição adotada por Natalia De Nardi Dacomo a respeito da questão: “Para nós, a transação é ato administrativo participativo, pois antes da concretização unilateral, existe um momento de diálogo entre o Fisco e o contribuinte, no processo de produção de um ato administrativo, isto é, o reconhecimento de que o ato é emitido com base em um ‘acordo’. Reiteramos nossa convicção de que, na esfera do direito público, a transação é norma individual e concreta, ou seja, um ato administrativo.” (cit., p. 176).

⁴⁷³ JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 415.

⁴⁷⁴ NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais...*, p. 108.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. cit., p. 97.

Administración que se sustancia en la existencia de recíprocas concesiones, ya que el Erario público renuncia a parte de su pretensión por una inmediata recaudación y el contribuyente acepta la rectificación de lo declarado para beneficiarse de la reducción de un acto suscrito por ambas partes.”⁴⁷⁶

Mantendo a linha de entendimento acima exposta, Tulio Rosembuj ressalta o caráter contratual da transação da seguinte forma: “La dimensión contractual que impregna la transacción reúne los elementos propios de los actos de consenso – interés del particular, bilateral, efecto preclusivo –; pero, acentuando, si cabe, la obligación mutua de las partes de cumplimiento de los pactos alcanzados, en los términos del Código civil: autoridad de cosa juzgada, en el bien entendido de su validez.”⁴⁷⁷

Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, em artigo conjunto sobre o tema, da mesma forma, ao analisarem o instituto da transação no CTN assim se manifestam em favor da linha ora sustentada: “A *transação*, no sentido específico que essa palavra tem no âmbito deste parecer, é um ato de vontade. É bilateral, podendo ser considerada um contrato. Os que afirmam não ser a transação um contrato o fazem apenas a consideração de que ela apenas extingue direitos.”⁴⁷⁸

Sem alongar-se demasiado nesse ponto, eis que se entende suficientemente demonstrada sua necessária fundamentação, não menos relevante e imprescindível a menção ao pensamento de Onofre Alves Batista Júnior, confirmando que a transação administrativo-tributária é contrato de Direito Público, possibilitando a sua realização em caráter preventivo ou extintivo, a depender da situação.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ MUÑOZ, Yolanda Martínez. *Las actas con acuerdo en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid-Barcelona: Marcial-Pons, 2004, pp. 172-173.

⁴⁷⁷ ROSEMBUJ, Tulio. *La transacción tributaria: discrecionalidad y actos de consenso*. Barcelona: Atelier, 2000, p. 43. _____. *Procedimientos tributarios consensuados: la transacción tributaria*. Buenos Aires: IEFPA, 2001, p. 48.

⁴⁷⁸ MACHADO, Hugo de Brito; SEGUNDO, Hugo de Brito. “Transação em matéria tributária: limites e inconstitucionalidades.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 14-22.

⁴⁷⁹ Veja-se a referência: “A transação administrativo-tributária é contrato de direito que possibilita, mediante a existência de controvérsia (efetiva ou potencial), a fixação acordada do montante do crédito tributário (transação administrativa preventiva de fixação), anteriormente ao lançamento, bem como a extinção das obrigações tributárias controversas (ou do crédito tributário) por meio do perdão de multas (ou de parte das multas), ou mesmo do afastamento do tributo (ou de parte

Concludentemente, com base na margem de liberdade inerente à discricionariedade legalmente atribuída ao Administrador Tributário, reitera-se a posição já anteriormente registrada segundo a qual, dentre os acordos de vontade de natureza jurídica contratual, encontram-se os denominados contratos de Direito Público.⁴⁸⁰

Muito embora não se tratem de contratos administrativos propriamente ditos, referidos contratos de Direito Público contemplam matérias relacionadas ao Direito Financeiro e Tributário, onde o exercício da autonomia da vontade do agente público se encontra condicionado aos limites impostos pela lei, a exemplo do que se depreende do artigo 171 do CTN.

Por derradeiro nesse tópico, deve-se destacar a importância de que a lei instituidora da transação tributária, na forma prevista no artigo 171 do CTN, tenha fundamento de validade jurídica no princípio da capacidade contributiva.

Exigi-se proporcionalidade entre as cessões que reciprocamente realizam os sujeitos ativo e passivo. Nesse ponto, especificamente, assume relevância o princípio da capacidade contributiva⁴⁸¹, enquanto princípio legitimador⁴⁸² eis que

deste), tal como se dá na anistia ou remissão (figuras específicas do CTN).” (JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 415).

⁴⁸⁰ Sem prejuízo das manifestações doutrinárias favoráveis já referidas no texto, é digna de registro, em sentido contrário, a posição de Nadja Araújo: “A autocomposição condicionada é atuação bilateral dos sujeitos vinculados à obrigação condicionada é atuação bilateral dos sujeitos vinculados à obrigação tributária, direcionada à extinção desse liame imposto por lei. Nesse círculo, a caracterização da sujeição tributária dispensa qualquer manifestação volitiva, pois a situação jurídica dos agentes é decorrência da lei: (...) Os sujeitos que podem firmar uma transação de direito tributário, com a autocomposição bilateral condicionada em seu núcleo, não contratam. Nesse âmbito, não há expressão de autonomia da vontade. A situação dos sujeitos, ação permitida e os resultados possíveis são elementos previamente regulados pela lei. Assim, diante do painel dos (f)atos jurídicos, esta autocomposição condicionada é figura distinta dos contratos, pela ausência de manifestação volitiva dos sujeitos na origem de sua posição tributária, qualificada e delimitada em lei, inclusive quanto à eficácia da ação facultada.” (cit., pp. 145-146).

⁴⁸¹ CF88, art. 145: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) §1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

⁴⁸² “Os *princípios de legitimação* se definem como os que, sendo vazios, perpassam todos os outros princípios constitucionais e legitimam ou justificam todo o ordenamento jurídico. A legitimação ou justificação implica o julgamento sobre o valor, a qualidade e a validade ética do Estado, procurando fornecer a resposta à pergunta sobre o merecimento e a razão de ser dos direitos e

será ele o parâmetro para que o legislador observe, em termos qualitativos e quantitativos, condições e pressupostos que deverão constar da legislação tributária instituidora da transação.

Pois, conforme a seguir demonstrado nas legislações tributárias que veiculam regras de transação, são levadas em consideração tais peculiaridades em relação à pessoa do sujeito passivo, objetivando solucionar os conflitos dessa natureza de modo justo, razoável e proporcional. Mesmo porque, como bem destacado por Fernando Serrano Antón, “si bien es cierto que en estas técnicas consensuales no se alcanza el rigor y la precisión absoluta no es menos cierto que las entrevistas, el acercamiento de posturas, los índices, la situación individual de cada contribuyente dan efectividad al principio de capacidad económica.”⁴⁸³

Instrumental somado às características pessoais das partes relacionadas, tem-se em comum a fixação de ampla quantidade de parcelas nas moratórias ou parcelamentos de débitos tributários, ou, também, aplicação de um determinado percentual de desconto a título de juros e multa (remissão e anistia), de acordo com valores nominais a serem pagos pelo sujeito passivo, por decorrência da celebração da transação, que, fundamentalmente, extingue a contraposição de interesses existente, por conta do liame obrigacional, entre as partes relacionadas.

3.3 Considerações acerca da indisponibilidade do crédito tributário

A indisponibilidade do crédito tributário sempre foi qualificada como um dogma no Direito Tributário, partindo-se do pressuposto segundo o qual a obrigação tributária é derivada da lei, não podendo a Administração Tributária, nesses termos, deixar de exigir o cumprimento da mesma, eis que a função administrativa tem natureza a ela vinculada.

dos princípios.” (TORRES, Ricardo Lobo. “Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 96).

⁴⁸³ ANTÓN, Fernando Serrano. cit.. p. 77.

Ao se debruçar sobre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, Iñaki Bilbao Estrada afirma que “nos hallaríamos ante una prohibición de disposición sobre el resultado de la obligación tributaria principal, es decir, sobre un derecho adquirido y cierto, dado que ésta ha nacido y ha sido liquidada con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento; en definitiva, el crédito tributario.”⁴⁸⁴

Assevera Heleno Taveira Torres, tal como evidenciado em relação ao ocorrido no Direito Administrativo, o “princípio da indisponibilidade do patrimônio público, e no caso em apreço, do crédito tributário, desde a ocorrência do fato jurídico tributário, firmou-se como dogma quase absoluto do direito em Estados ocidentais, indiscutível e absoluto na sua formulação, a tal ponto que sequer a própria legalidade, seu fundamento, poderia dispor em contrário.”⁴⁸⁵

Ocorre que, *prima facie*, não se verifica na Constituição Federal, nem tampouco no CTN, qualquer dispositivo que impeça expressamente a adoção de soluções convencionais de cunho tributário⁴⁸⁶, possibilitando, assim, que a legislação assim o faça, com a fixação de termos e limites razoáveis e que observem o interesse público e, principalmente, a isonomia, uma vez que não podem ser gerados tratamentos desiguais ou privilegiados, quaisquer que sejam.

⁴⁸⁴ ESTRADA, Iñaki Bilbao. *Los acuerdos tendentes a la determinación de la obligación tributaria en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, pp. 178. Conceitualmente, Yolanda Martínez Muñoz também se manifesta acerca de referido princípio: “El principio de indisponibilidad de la obligación tributaria, tradicional en este ámbito del Derecho, viene a indicar que, a diferencia de lo que ocurre con la obligación civil, la Administración tributaria no puede disponer del crédito tributario estando obligada a cobrarlo, de manera que su derecho de crédito aparece configurado, no sólo como tal categoría tributaria, sino también como un deber de la propia Administración acreedora a hacer efectiva la recaudación.” (cit., p. 188).

⁴⁸⁵ TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária”, p. 300. Confira-se o mesmo entendimento por parte de Rubens Miranda de Carvalho: “O princípio da indisponibilidade do crédito de origem tributária, corolário do princípio administrativo da indisponibilidade dos bens públicos e, este mesmo, caudatário do princípio da prevalência do interesse público, tem sido tratado quase que como dogma de fé, merecendo por parte dos administradores públicos e dos procuradores judiciais uma veneração que beira a superstição, pois inibi-lhes a busca do seu real significado e trava o pensamento analítico das questões por ele geradas, levando, por paradoxo, ao cometimento ou à omissão de atos que acabam por resultar em dano ao interesse público”. (cit., p. 99).

⁴⁸⁶ “Como ya ha sido advertido, no existe un principio en el Derecho Tributario que prohíba el uso de las técnicas convencionales.” (ANTÓN, Fernando Serrano. cit., p. 69).

Nem se diga que o parágrafo único, do artigo 142 do CTN⁴⁸⁷, ao prescrever que a atividade administrativa de lançamento tem natureza vinculada e, assim, qualifica-se como indisponível, pois a lei, nos termos do artigo 3º também do próprio CTN⁴⁸⁸, assim como impõe o poder-dever ao agente público tributário pode também atribuir-lhe margem de discricionariedade decisória que, observadas as condições e requisitos estabelecidos, poderá ser exercida.

Essa a posição sustentada por Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho ao confirmar “que a obrigação tributária é uma obrigação compulsória *ex lege*, onde pouca importância tem a vontade quer da Administração, quer do contribuinte, embora, excepcionalmente, a própria lei, em situação bem específica e restrita, possa admitir essa vontade.”⁴⁸⁹

Nesse caso, assim como apontado quando do exame dessa problemática na esfera do Direito Administrativo, no Direito Tributário a regra geral é que, em face da indisponibilidade do interesse público, mais especificamente da receita tributária concretizada no procedimento legal de lançamento tributário, o dever de pagar o tributo e exercício de seu direito de percepção pelo Fisco, somente pode ser objeto de disposição quando houver deliberação legal específica nesse sentido.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ CTN, art. 142: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

⁴⁸⁸ CTN, art. 3º: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

⁴⁸⁹ FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. cit., p. 52.

⁴⁹⁰ “Con anterioridad hemos podido comprobar que, en la actualidad, la indisponibilidad en materia tributaria se interpreta en el sentido de que afecta a los elementos esenciales de la obligación tributaria, pero que cabe, en alguna medida, la convención en relación con otros aspectos no sometidos al principio de legalidad. En este contexto, debemos examinar si las partes – Administración y obligado tributario – pueden *disponer* de la materia tributaria para que la controversia – surgida o que pueda surgir – se resuelva mediante la técnica arbitral. Negar el planteamiento anterior significaría vetar la posibilidad de introducir el arbitraje en el marco de los procedimientos tributarios, debido a que, como se ha entendido desde antiguo, al tener la obligación tributaria el carácter *ex lege*, cuyo nacimiento y elementos esenciales vienen configurados por la Ley, ninguna de las partes – acreedor y deudor tributario – pueden disponer de algún elemento perteneciente a aquélla. Por el contrario, podría entenderse, como ha sucedido recientemente en la doctrina, que la indisponibilidad afecta a los elementos de la obligación tributaria sometidos al principio de legalidad, pero que aquello no es óbice para admitir la

Vale então reiterar que somente a lei poderá resultar exceção ao princípio da indisponibilidade, reputando um bem ou direito de interesse público como disponível ou não.⁴⁹¹

Hugo de Brito Machado entende, de modo favorável, que a questão da disponibilidade do crédito tributário passa pelo Estado, enquanto titular desse patrimônio público, e “desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público, vale dizer, atuando pela via legislativa, e para a realização dos fins públicos.”⁴⁹²

E aí, então, retorna-se ao dilema já discutido no Capítulo anterior, onde a instituição de uma determinada regra jurídica de transação tributária estaria colocando em contraposição princípios de participatividade⁴⁹³ e indisponibilidade,

intervención de la voluntad de las partes en alguna otra cuestión no sujeta a aquel principio, siendo, por esta razón, el ámbito más propicio para la intervención del mutuo consentimiento, el relativo a la aplicación de los tributos.” (COLOMA, Paula Vicente-Arche. *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 48-49).

⁴⁹¹ “Como hemos apuntado, el citado dogma no veda la disposición del crédito tributario por su acreedor, sino que la misma se somete a unos concretos requisitos. Dado el carácter *ex lege* y el interés público tutelado, resultaría en teoría prohibido cualquier acto de disposición de la Administración no consentido expresamente por ley. (...) En suma, podemos concluir que, cuando la intervención del Estado se produce como titular del derecho de crédito, sí que es posible su disposición limitada, siempre y cuando se respeten las cautelas impuestas por el ordenamiento. De esta forma, el Estado autoriza la Administración a llevarla a cabo dentro de unos márgenes que variarán en función de la precisión de la norma que la permite.” (ESTRADA, Iñaki Bilbao, cit., p. 179). O requisito de lei específica para fins de disposição do crédito tributário vem igualmente assinalado na doutrina de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho: “No campo tributário, sobretudo, como impõem a Constituição brasileira (CF, art. 150, I e art. 150, §5.º) e o Código Tributário Nacional (CTN, art. 97; art. 170; art. 171; 156, IV; arts. 152 a 155; art. 155-A) tanto a transação, como a compensação, a remissão, a anistia, a moratória, o parcelamento só podem ocorrer nos termos de expressa e específica autorização legal, sem a qual dificultado estaria o confronto, caso a caso, da utilização desses institutos, em matéria relativa a crédito tributário, bem público normalmente indisponível, com princípios e normas constitucionais, inclusive, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV).” (cit, p. 51).

⁴⁹² MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário”, cit., p. 115. Nessa mesma passagem, o autor justifica sua posição da seguinte forma: “Em algumas situações é mais conveniente para o interesse público transigir e extinguir o litígio, do que levar este até a última instância, com a possibilidade de restar a Fazenda Pública afinal vencida. Daí a impossibilidade de transação. Em casos estabelecidos na lei, naturalmente, e realizada pela autoridade à qual a lei atribuiu especial competência para esse fim.” (cit.).

⁴⁹³ Estevão Horvath relaciona a participatividade do particular na execução de tarefas públicas com o aspecto tributário: “Com o passar do tempo, foram transferidos aos particulares funções e tarefas até então próprias da Administração Pública. Dada a impossibilidade de exercício dessas tarefas, ao menos de forma exclusiva, pela Administração, o cidadão foi chamado a com ela ‘colaborar’, sob as mais diversas formas: terceirizações, parcerias, exercício de serviços públicos pelos particulares, no Direito Administrativo; deveres instrumentais, ‘autolançamentos’ (que não deixam

exigindo-se a solução do problema a partir do método do sopesamento ou ponderação.

Em concreto, uma determinada lei ordinária ou complementar, ainda que suficiente a previsão em lei ordinária, fixa critérios e limites para o exercício do poder discricionário do Administrador Tributário em procedimentos de transação envolvendo obrigações tributárias, possibilitando-lhe exercer sua autonomia privada nos precisos termos e condições fixados na lei, observados os critérios de conveniência e oportunidade.

Nesse caso, o conflito seria, então, entre o princípio da indisponibilidade absoluta do crédito tributário e a regra jurídica da transação?

Ou, de outra sorte, seria o conflito entre princípios, mais precisamente entre a indisponibilidade do crédito tributário e legalidade, ou, porque não, da própria participatividade popular na realização do interesse público, enquanto direito e garantia fundamental?

Conforme antes mencionado, não se verifica a hipótese de colisão entre princípios, supremacia do interesse público em contraposição da legalidade ou participatividade do particular na realização do interesse público.

Um primeiro fundamento para que assim se conclua é que, na forma colocada, haveria tão somente um conflito *in abstracto* entre referidos princípios. Quando, vale dizer, a técnica do sopesamento ou ponderação pressupõe a presença do conflito *in concreto*. Nestes, poderia se verificar a situação de colisão, levada em consideração a situação concreta, para fins de ponderação entre princípios, jamais dos conflitos *in abstracto*.⁴⁹⁴

de ser um particular e específico dever instrumental), no campo tributário.” (“Deveres instrumentais e seus limites.” In: BARRETO, Aires Fernandino [et. al.]. *III Congresso Nacional de Estudos Tributários: Interpretação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 208).

⁴⁹⁴ Sobre o tema, Heleno Taveira Torres ensina: “Ricardo Guastini propõe uma classificação dos princípios em colisão entre conflitos *in abstracto* e conflitos *in concreto*. Com isso, defende haver colisão no primeiro caso, como ocorre entre a presunção de inocência dos acusados e a permissão de prisão preventiva. O próprio conteúdo das disposições já anteveria o conflito. Estes, porém, são raros. Comuns seriam os conflitos *in concreto*, verificados a cada situação concreta. De nossa parte, sustentamos que somente é possível a demarcação dos princípios em colisão – aos fins da ponderação – diante de uma situação concreta, nunca *in abstracto*.” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, p. 551).

A questão deve ser decidida com base no pressuposto de que a contraposição normativa dá-se entre princípio e a regra de transação, lei formal e material.

As condutas relacionadas ao procedimento de transação, inclusive as balizas normativas de dimensionamento do alcance da discricionariedade levada em consideração são impostas aos particulares por decorrência do princípio da legalidade.

A regra jurídica de transação é que entra, em tese, em colisão com o dogma da indisponibilidade do interesse público, concretizado no crédito tributário.⁴⁹⁵

Não se verifica, assim como antecipado em relação ao próprio Direito Administrativo, colisão de princípios, não se cogitando da aplicação de ponderação. Heleno Taveira Torres é preciso ao consignar que: “O sopesamento só tem cabimento nas relações entre princípios. Nunca entre *princípios* e *regras* ou, menos ainda, de *regras* entre si.”⁴⁹⁶

Especificamente em relação à regra jurídica de transação tributária, não se configura a colisão de princípios. Supostamente, trata-se de mera contraposição entre essa regra jurídica e o respectivo princípio ofendido.

Essa situação, conforme já explicitado, não comporta solução por meio de métodos de ponderação ou sopesamento para a construção da norma individual e concreta.

A solução, nessa hipótese, é dada pelo próprio sistema que trabalha, por meio de distintos métodos, na eliminação das contraditoriedades normativas, prevalecendo, então, a já referida aplicação dos critérios de interpretação e hermenêutica, direcionada a construir a norma individual e concreta.

⁴⁹⁵ Confira-se a referência de Iñaki Bilbao Estrada a respeito de referido dogma e as soluções consensuais de controvérsias tributárias: “Una vez apuntadas estas dos importantes características de la obligación tributaria, debemos determinar el alcance del dogma de su indisponibilidad o inderogabilidad. Esta reflexión trae causa en los diferentes obstáculos a la celebración de acuerdos que se derivan de sus notas esenciales: la indisponibilidad de la obligación tributaria junto con la de las potestades administrativas y la inderogabilidad de las normas tributarias. Principalmente, el citado dogma ha cobrado especial importancia a la hora de negar la admisibilidad de las técnicas convencionales en nuestra disciplina y, en concreto en la obligación tributaria principal. Llegados a este punto, es interesante que también los defensores de las primeras han postulado la indisponibilidad de la potestad de imposición, basándola también en el interés público tutelado y en el principio de legalidad.” (cit., pp. 176-177).

⁴⁹⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário...*, p. 553.

Lourival Vilanova busca a solução a partir do próprio sistema, assim dizendo: “Se um sistema de normas acha-se constituído em estratos ou níveis proposicionais e se, por *critérios extralógicos*, se confere aos níveis diferentes valias, se, em outros termos, o sistema está construído hierarquicamente, então, a proposição de maior nível elimina a correspondente contraditória de menor nível.”⁴⁹⁷ E essa solução, portanto, provém do sistema e da vontade de seu constituinte.

O STF, válido registrar, vem aplicando essa metodologia dos critérios de interpretação e hermenêutica em relação aos casos concretos envolvendo a transação em matéria tributária.

Não somente por ocasião do anteriormente transcrito Recurso Extraordinário nº 253.885/MG como, também, por conta do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.405-MC/RS, reputando inconstitucional o artigo 130, *caput*, da Lei Estadual nº 11.475, de 28 de abril de 2000, originária do Rio Grande do Sul e que atribuiu ao Procurador-Geral do Estado a competência para transigir em matéria tributária.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ VILANOVA, Lourival. cit., p. 202.

⁴⁹⁸ Confira-se: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. I - Extinção de crédito tributário criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: consequente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. II - Extinção do crédito tributário: moratória e transação: implausibilidade da alegação de ofensa dos artigos 150, §6º e 155, §2º, XII, g, da CF, por não se tratar de favores fiscais. III - Independência e Separação dos Poderes: processo legislativo: iniciativa das leis: competência privativa do Chefe do Executivo. Plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de expressões e dispositivos da lei estadual questionada, de iniciativa parlamentar, que dispõem sobre criação, estruturação e atribuições de órgãos específicos da Administração Pública, criação de cargos e funções públicos e estabelecimento de rotinas e procedimentos administrativos, que são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, e), bem como dos que invadem competência privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 84, II). Consequente deferimento da suspensão cautelar da eficácia de expressões e dispositivos da lei questionada. IV - Participação dos Municípios na arrecadação de tributos estaduais. 1. IPVA - Interpretação conforme, sem redução de texto, para suspensão da eficácia da aplicação do § 3º do art. 114, introduzido na L. 6.537/73 pela L. 11.475/2000, com relação ao IPVA, tendo em vista que, ao dispor que “na data da efetivação do respectivo registro no órgão competente deverá ser creditado, à conta dos municípios, 25% do montante do crédito tributário extinto”, interfere no sistema constitucional de repartição do produto

Portanto, amparando-se nessa metodologia hermenêutica, não se configura ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público a utilização dos mecanismos alternativos de soluções de controvérsias na esfera tributária, especificamente regras veiculadoras de normas a título de transação tributária.

Daí, então, como conclusão parcial, e nas palavras de Arnaldo Godoy Sampaio de Moraes: “Definitivamente, não há nenhuma pista ou orientação que confirme que o interesse público, o que quer que seja, fosse categoria ameaçada por regime de transação tributária.”⁴⁹⁹

Ou, também e não menos relevante, a observação de Heleno Taveira Torres ao ponderar o seguinte em relação à impropriedade do sopesamento em caso de conflito abstrato de princípios, na forma acima fundamentada: “Como falar em ‘ponderação’ de princípios ou valores, no Brasil, ainda é um código fraco de justiça, preferível dizer da negativa de todo o ordenamento à manutenção de condutas contraditórias no sistema.”⁵⁰⁰

Numa segunda linha de argumentação, afastando a limitação dogmática da indisponibilidade absoluta e valendo-se da classificação dos interesses públicos em primário e secundário, Ricardo Lobo Torres confirma que “parte importante da

da arrecadação do IPVA (50%). 2. Deferimento da suspensão cautelar do § 3º do art. 4º da L. 11.475/2000 (“Os títulos recebidos referentes às parcelas pertencentes aos municípios, previstas no inciso IV do art. 158 da Constituição Federal, serão convertidos em moeda, corrente nacional e repassados a esses, pela Secretaria da Fazenda, no dia do resgate dos certificados”), pois a norma deixa ao Estado a possibilidade de somente repassar aos Municípios os 25% do ICMS só quando do vencimento final do título, que eventualmente pode ter sido negociado. V - Precatório e cessão de crédito tributário: plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 100, da CF, pelos arts. 5º e seu parágrafo único e 6º, ambos da lei impugnada, que concedem permissão para pessoas físicas cederem a pessoas jurídicas créditos contra o Estado decorrentes de sentença judicial, bem como admitem a utilização destes precatórios na compensação dos tributos: deferimento da suspensão cautelar dos mencionados preceitos legais. VI - Licitação (CF, art. 37, XXI) - não ofende o dispositivo constitucional o art. 129 da L. 6.537/73 c/ a red. L. 11.475/00 - que autoriza a alienação dos bens objetos de dação por valor nunca inferior ao que foi recebido e prevê a aquisição de tais bens por município, mediante o pagamento em prestações a serem descontadas das quotas de participação do ICMS. VII - Demais dispositivos cuja suspensão cautelar foi indeferida.” (STF, ADI 2405 MC, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 17-02-2006, p. 54).

⁴⁹⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. *Transação tributária: introdução...*, p. 126.

⁵⁰⁰ TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária”, p. 305.

doutrina brasileira repeliu a tese da superioridade do interesse público, separando o interesse da Fazenda Pública do interesse público.”⁵⁰¹

Com efeito, assim também registra Natalia De Nardi Dacomo: “O interesse público secundário é pertinente ao desejo do Estado como ente per si; manifesta-se quando a Administração, no desempenho de suas atividades, adota e operacionaliza as diretrizes dos órgãos governativos.”⁵⁰²

Justamente nesse segundo momento da atuação administrativa é que se vislumbra como válida e possível a utilização da transação tributária.

Para tanto parte-se do pressuposto segundo o qual a receita tributária configura interesse público secundário e não interesse público primário. Nesse caso, se está tratando de receita pública tributária, que é receita derivada e integra a atividade administrativa, mais especificamente sob a forma de atividade financeira do Estado.

Conforme leciona José Souto Maior Borges, há um Estado-legislador, responsável pela elaboração do direito, atuando como colaborador e tutelador da norma jurídica no interesse da coletividade. Ao mesmo tempo, referido autor fornece a noção de Estado-administrador, que é aquele que se apresenta como sujeito de obrigações, submetendo-se à ordem jurídica por ele criada. Nesses termos: “Essa distinção conceitual do Estado como autor do mandato e o Estado como titular de um dos interesses em conflito e, pois, como destinatário daquele mesmo mandato, é aceita pela doutrina moderna mais autorizada e tem plano de aplicação no regime constitucional vigente em nosso país.”⁵⁰³

Essa atividade financeira desempenhada pelo Estado tem natureza instrumental, na medida em que é atividade destinada à obtenção dos meios necessários para atender às necessidades públicas.

Não configuram, portanto, interesses públicos primários, vez que esse tipo de atividade desempenhada pela Administração Pública é considerada meramente

⁵⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. “Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo”, p. 107.

⁵⁰² DACOMO, Natalia De Nardi. cit., p. 73.

⁵⁰³ BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 21.

instrumental, na categoria de atividade-meio, distinta, portanto, das atividades essenciais, ou seja, aquelas que visam a satisfação direta de determinadas necessidades públicas.

De modo que válida a conclusão segundo a qual a atividade arrecadatória não configura um interesse primário⁵⁰⁴, na medida em que os tributos assumem um caráter instrumental e de custeio das atividades administrativas do Estado para viabilizar a realização do interesse público primário propriamente dito.

Confirmando essa linha de compreensão Luiz Dias Martins Filho e Luís Inácio Lucena Adams, em artigo conjunto a respeito da matéria, partem do pressuposto segundo o qual os “interesses da Fazenda Pública, por representarem o que a doutrina denominou de interesses públicos secundários, podem ser sim, nos estritos limites legais, objeto de *transação tributária*, prevista em dispositivos do CTN (art. 156, III, e art. 171).”⁵⁰⁵

Novamente a referência ao ensinamento de Natalia De Nardi Dacomo a esse respeito, ao ressaltar que essa “conclusão traz à tona a solução referente à matéria suscetível de ser submetida à transação e à arbitragem: os interesses públicos secundários, que têm natureza instrumental.”⁵⁰⁶

Por conta dessas características, conclui-se por considerar os atos de arrecadação de receitas tributárias, enquanto atividades-meio da Administração Tributária, como interesse público secundário, de interesse do Estado-administrador,

⁵⁰⁴ “A lei pode atribuir competência à Administração Fiscal para que esta tenha o poder/dever de, no caso concreto, ponderar os vários interesses (públicos e privados) envolvidos e à luz do mandamento de eficiência, escolher alternativa que contemple o melhor interesse público possível. Ouvidos os órgãos que têm o incentivo à cultura como interesse primário, ou os órgãos voltados para o desenvolvimento econômico, a Administração Fiscal, para quem esses interesses públicos são secundários, celebra, com a anuência ou mesmo participação desses outros órgãos, contrato administrativo alternativo, levando em ‘consideração’, no processo administrativo decisório, os interesses secundários envolvidos, juntamente com o interesse público arrecadatório, primário para o Fisco, para que se possa moldar decisão mais conforme ao atendimento otimizado do bem comum.” (JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 422).

⁵⁰⁵ FILHO, Luiz Dias Martins; ADAMS, Luís Inácio Lucena. “A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: Homenagem ao Jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31).

⁵⁰⁶ DACOMO, Natalia De Nardi. cit., p. 78.

que apresenta características patrimoniais e são, desse modo, disponíveis para fins de transação tributária.⁵⁰⁷

3.4 Transação e inexistência de renúncia de receita pública

Ao lado da temática relacionada à resistência da validade jurídica e relação-de-pertinência da transação tributária com o sistema jurídico a partir de uma visão absoluta da indisponibilidade do crédito tributário, aponta-se como fator legal supostamente impeditivo à implantação e operacionalização das soluções de controvérsias tributárias, conforme ao início referido, o artigo 14, §1º, da LRF.

Trata-se da hipótese legal de renúncia de receita pública, impondo consequências jurídicas pela sua inobservância. Nos termos da lei, além dos pressupostos de (i) redução indiscriminada das obrigações tributárias e do (ii) tratamento não isonômico na concessão de benefícios dessa natureza, configuram hipóteses de renúncia, nos termos da lei, a anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo

Com efeito, segundo esse dispositivo de lei complementar de Direito Financeiro, as hipóteses acima referidas, sempre e quando resultem na redução do resultado da arrecadação tributária, são situações vedadas do ponto de vista da responsabilidade e solvabilidade das contas públicas.

Revela-se, a partir dessa circunstância, imprescindível apreciar o tema a partir do disposto pelo artigo 150, §6º, da CF88, que, com base na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, recebeu um maior alcance e extensão. Segundo este dispositivo constitucional, a isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, dependem sempre de lei própria, específica, não podendo, inclusive, ser canceladas por ato do Poder Executivo, mas, unicamente, através da edição de uma nova lei.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ BORGES, José Souto Maior. *Introdução...*, p. 39.

⁵⁰⁸ De acordo com a lição de Misabel Abreu Machado Derzi acerca de referido dispositivo: "Entende-se que apenas o legislador pode avaliar os superiores interesses da coletividade que venham a legitimar a isenção e sua revogação. (...) Igualmente lei nova, que cancela a isenção, a redução

Em referido dispositivo constitucional, ao contrário do que a interpretação meramente literal possa revelar, não se verifica a hipótese de proibição constitucional em relação aos mecanismos de exoneração que são, em determinadas situações, utilizadas pela legislação veiculadora de regras atinentes à transação. O que se extrai do mesmo é a determinação inserida desde 1993 na CF88 pelo poder constituinte derivado para que as hipóteses enumeradas no referido dispositivo sejam veiculadas por meio de lei específica.

Ainda que se possa desde logo discordar quanto à comparação apresentada entre transação e renúncia, Onofre Alves Batista Júnior faz referência à legalidade específica exigida pelo dispositivo da Constituição Federal ora em comento, ao consignar que: “Quanto a transação administrativo-tributária provocar ‘renúncia de receita’, a CRFB/88 exige uma legalidade mais endurecida, nos termos do art. 150, §6º, que determina que a lei deve ser ‘específica’.”⁵⁰⁹

Ademais do caráter de exclusividade da lei tributária para fins de concessão de exonerações, que reduzam ou venham a até mesmo extinguir o crédito tributário, esse artigo 150, §6º, da CF88, também prescreve a condição de exclusividade dessa mesma legislação específica para vedar, na menção feita por Misabel Abreu Machado Derzi, “fórmulas indeterminadas ou delegantes de favores fiscais ao Poder Executivo.”⁵¹⁰

A regra é suficientemente clara no sentido da impossibilidade de o Poder Legislativo, ou até mesmo o Poder Constituinte estadual, delegar ao Poder Executivo a competência para tratar, normativamente, acerca da concessão de anistia ou remissão em matéria tributária.

Inclusive o Pretório Excelso, também nessa situação, já solidificou seu entendimento por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.462, movida pelo Procurador-Geral da República contra a expressão “*remissão*,

do imposto ou o benefício, jamais poderá retroagir, prejudicando o direito adquirido.” (BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi, N. A., pp. 146-147).

⁵⁰⁹ JÚNIOR, Onofre Alves Baptista. cit., p. 426.

⁵¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi, N. A., pp. 148.

anistia” constante do artigo 25 da Lei nº 6.489/2002, do Estado do Pará, dispondo sobre a Política de Incentivos ao Desenvolvimento Sócio-econômico daquele Estado.⁵¹¹

A constitucionalmente qualificada “lei específica”, que poderá, além de outras situações, também contemplar mecanismos de transação tributária no seu texto, é que deverá respeitar a norma geral estabelecida pelo artigo 14, §1.º, da LRF.⁵¹²

Afastando-se a possível afronta aos direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição Federal, por meio de privilégios espúrios, Nadja Araújo registra com propriedade que “as razões extrafiscais do legislador para permitir uma derrogação parcial da regra comum pela especial também devem ser enquadradas por princípios constitucionais estruturantes do sistema tributário, segundo os ditames do Art. 150, §6º, CF.”⁵¹³

Necessário, noutra seara, salientar-se que esse artigo 14, §1.º, da LRF que, inclusive, já teve a sua própria constitucionalidade questionada pela doutrina especializada, não deixa dúvidas quanto ao seu alinhamento constitucional,

⁵¹¹ Veja-se a respectiva ementa oficial: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI PARAENSE N. 6.489/2002. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O PODER EXECUTIVO CONCEDER, POR REGULAMENTO, OS BENEFÍCIOS FISCAIS DA REMISSÃO E DA ANISTIA. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI FORMAL. ART. 150, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, §6º, da Constituição Federal, tende a coibir o uso desses institutos de desoneração tributária como moeda de barganha para a obtenção de vantagem pessoal pela autoridade pública, pois a fixação, pelo mesmo Poder instituidor do tributo, de requisitos objetivos para a concessão do benefício tende a mitigar arbítrio do Chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, homenageando-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (art. 37, caput, da Constituição da República). 2. A autorização para a concessão de remissão e anistia, a ser feita “na forma prevista em regulamento” (art. 25 da Lei n. 6.489/2002), configura delegação ao Chefe do Poder Executivo em tema inafastável do Poder Legislativo. 3. Ação julgada procedente. (STF, ADI 3462, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-030 15-02-2011).

⁵¹² “Pode-se perguntar: é possível falar-se de transação no sistema constitucional brasileiro em vista do princípio da legalidade? Decerto que sim. O princípio da indisponibilidade do crédito tributário, como eu disse, não é absoluto, é um princípio relativo, e a própria Constituição o relativiza, quando, no §6º do art. 150 diz que, por lei, o Estado pode conceder remissão, redução de créditos, isenções, e isso tudo implica para o legislador um espaço de relativização do princípio da indisponibilidade do crédito no âmbito da competência – claro que para a autoridade administrativa em concreto não há disponibilidade.” (TORRES, Heleno Taveira. “A transação em matéria tributária: os ganhos para o contribuinte.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 8. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2007, p. 253).

⁵¹³ ARAÚJO, Nadja. Cit., p. 58.

conforme confirmado pela doutrina abalizada de Betina Treiger Grupenmacher, ao ensinar que: “a competência tributária era, antes da edição da Lei Complementar 101/2000, e ainda é, facultativa, ou seja, as Pessoas Políticas de Direito Público podem deixar de instituir ou arrecadar os tributos que estão na sua competência constitucional”, mas, adverte mencionada autora, após o advento da LRF essa conduta representa renúncia de receita, devendo, em contrapartida, “apresentar estimativa de impacto orçamentário financeiro da medida adotada, demonstrando de que forma se fará a compensação da perda de receita”.⁵¹⁴

A inconstitucionalidade do dispositivo em comento poderia ser aventada sob o fundamento segundo o qual o mesmo estaria tolhendo as prerrogativas ínsitas à autogovernabilidade dos demais Entes Políticos ao não considerar que a própria Constituição Federal outorga aos mesmos suas respectivas competências tributárias, reservando-lhes, de igual maneira, que deixem de exercer a função arrecadadora quando da concessão de remissão, anistia, dentre outras formas de desoneração tributária dos sujeitos passivos.

Não obstante essa alegação de inconstitucionalidade de referido dispositivo, Regis Fernandes de Oliveira qualifica o mesmo, na linha acima sublinhada, como sendo juridicamente válido, em especial sob o ponto de vista constitucional, assim dizendo: “A lógica do conceito é anterior à incidência da regra. É princípio de política fiscal, uma vez que o legislador entende dispensável a cobrança do tributo. Tendo

⁵¹⁴ GRUPENMACHER, Betina Treiger. “Responsabilidade Fiscal, renúncias de receitas e guerra fiscal.” In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 106. Edvaldo Brito, na mesma coletânea, suscita outros argumentos em prol da inconstitucionalidade do dispositivo em questão: “A lei de responsabilidade fiscal não foge à eiva de inconstitucionalidade. Já no seu art. 1º, encontra-se o exemplo, quando diz que ela ‘normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal com o amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição’. É assim porque *sobre finanças públicas* ela diz muito pouco, sem chegar mesmo a esgotar a regulação do art. 163 e até tisanando o §1º do art. 164, ambos da Constituição; neste último caso, quando manda que o resultado do Banco Central constitua receita do Tesouro Nacional (cf. seu art. 7º). É assim porque ela invade o campo da Lei nº 4.320, de 17.03.64, ao desdobrar a matéria do §9º do art. 165 da Constituição, gerando prejudiciais antinomias *reais*, ou sejam, conflitos insolúveis entre as normas das duas leis, uma *ordinária* e outra complementar. Muitos serão os problemas quando se quiser saber em que campo se está, para o efeito de *revogação*: no campo da lei *complementar* 101 ou no campo da *ordinária* 4.320? porque, nem toda a matéria desta última foi admitida, pelo princípio da recepção, como sendo lei complementar.” (“Lei de Responsabilidade Fiscal, competência tributária, arrecadação de tributos e renúncia de receita.” In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 113).

em vista que o legislador complementar pode estabelecer normas de gestão financeira, cabe-lhe dispor, com aplicação a todos os entes federativos.”⁵¹⁵

Heleno Taveira Torres, por sua vez, afasta a hipótese prescrita pela LRF em relação à matéria de transação, valendo-se dos princípios da verdade material, eficiência administrativa e economicidade, ao referir que: “Em se aplicando a transação no Brasil, não se daria, pois, qualquer espécie de ‘renúncia’ de crédito tributário; ao contrário, serviria para reforçar o princípio da verdade material, como meio para se alcançar, conjuntamente, solução célere e econômica para controvérsia que poderia ocupar lustros em pendências administrativas ou judiciais.”⁵¹⁶

Na verdade, confunde-se a transação tributária com a hipótese de renúncia de receita pública prescrita pela lei complementar, situação esta que, conforme fundamentos a seguir, não se sustenta do ponto de vista jurídico.

O primeiro fundamento é de ordem interpretativa; vale dizer, a partir de uma interpretação sistemática restritiva, e aplicável à transação, na forma de interpretação exigida pelo regime jurídico administrativo, não se aplica a vedação do artigo 14, §1º, da LRF.

Suficiente a leitura de referido dispositivo normativo para que o intérprete perceba que, dentre as hipóteses nele listadas, não se encontra aquela atinente à transação tributária. É certo que lá se encontram alguns dos mecanismos conformadores da transação tributária, mas que, não se pode negar, também são modalidades específicas de extinção do crédito tributário listadas pelo artigo 156 do CTN.

Portanto, sob esse aspecto, meramente no contexto interpretativo da norma, que deve ser restritiva e não extensiva, ausente a concretização da hipótese legal da renúncia de receita.

Com essa mesma linha de pensamento, Hugo de Brito Machado igualmente afasta a renúncia de receita, na forma prescrita, como impedimento legal à validade

⁵¹⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 426.

⁵¹⁶ TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária”, p. 307.

jurídica da transação no sistema de Direito Positivo pátrio, lecionando que: “Não estando especificamente referida, como não está, nem cabendo na referência genérica a outros benefícios, até porque a rigor não é propriamente um benefício, tem-se de concluir que o elemento literal desautoriza a aplicação do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.”⁵¹⁷

Existe um segundo aspecto insuperável quanto à inaplicabilidade desse dispositivo como impeditivo aos procedimentos de transação em matéria tributária. O sentido de renúncia de receita pública entabulado na previsão legal em comento, não guarda correspondência no sistema com o próprio conceito e natureza jurídica do instituto da transação.

Efetivamente, como decorrência direta da natureza jurídica bilateral da transação, tem-se como requisito essencial à sua validade jurídica a existência de concessões recíprocas, concretizadas pela declaração de vontade das partes relacionadas, na forma delimitada e condicionada pela lei. Se uma das partes renunciar em favor da outra, sem reciprocidade, não se qualifica o instituto da transação.

Assim leciona Ricardo Lobo Torres, atestando que: “Renúncia ao litígio fiscal sem a correspectiva concessão é mera desistência, e, não, transação.”⁵¹⁸

Rubens Miranda de Carvalho alcança a mesma conclusão ao escrever que a “interpretação integrada das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal permite que seja a transação tributária com ela compatível se considerarmos que a renúncia fiscal – instituto-chave na aplicação da referida lei – é um ato unilateral por parte do

⁵¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 521. Esse mesmo autor ainda elenca uma terceira situação que afasta a aplicação da renúncia de receita à modalidade de transação, no seguinte trecho: “Atento ao elemento teleológico não se há de chegar a outro resultado. A finalidade da limitação contida no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal é simplesmente evitar que sejam concedidas pelo legislador vantagens a certos contribuintes se uma razoável justificação, deixando a Fazenda Pública de arrecadar tributos a ela indiscutivelmente devidos. Ocorre que uma característica essencial da transação reside exatamente na dúvida quanto a ser devido, ou não, o tributo. A transação tem por objetivo por fim a um litígio e para tanto ambas as partes, fisco e contribuinte, transigem sobre o que consideram ser de seu direito. O objetivo das restrições colocadas no art. 14, em referência, seguramente não foi obrigar as Fazendas Públicas a levar os seus litígios até o fim. É razoável, portanto, concluir-se que também o elemento teleológico conduz o intérprete ao entendimento segundo o qual essa norma restritiva da liberdade do legislador ordinário das entidades tributantes não se aplica à transação.” (cit., pp. 521-522).

⁵¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. cit., p. 266.

renunciante, no caso, o sujeito ativo do crédito tributário”, sendo, assim, necessário “considerar, porém, que na transação tributária há o pressuposto da bilateralidade, pois os sujeitos ativo e passivo do crédito negociam mediante concessões recíprocas”.⁵¹⁹

Em se tratando de renúncia, portanto, não se configura o negócio jurídico transacional, pois ausente o sacrifício recíproco. Não havendo sacrifício por parte dos sujeitos da relação jurídica, estará caracterizado mero reconhecimento do direito da parte adversa, renúncia ou desistência em relação ao mesmo, descaracterizando-se, pois, a transação.

3.5 Objeto

Outro aspecto que causa perplexidade quando de sua apreciação crítica diz respeito ao objeto da transação tributária. Talvez por decorrência da transação estar inserida no Direito Positivo entre as hipóteses de extinção do crédito tributário. Comete-se, assim, o equívoco juridicamente inescusável segundo o qual o objeto da transação seria a extinção do crédito tributário.

No decorrer desta investigação científica, objetivou-se fixar o fundamento de que a transação tem por objeto extinguir conflitos e não obrigações, por meio de concessões mútuas entre as partes relacionadas.

Outra não deve ser a conclusão para o Direito Tributário, e transação nesse contexto inserida.

Não há dúvida que o objeto da transação corresponde ao litígio ou lide em matéria tributária, ou seja, a contraposição de interesses entre sujeito ativo e passivo da relação jurídica tributária.⁵²⁰

⁵¹⁹ CARVALHO, Rubens Miranda de. cit., pp. 197-198. No mesmo sentido: JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 428.

⁵²⁰ Ao discorrer a respeito do conflito de interesses em esfera tributária, Cleide Previtalli Cais menciona o quanto segue: “Todo conflito nasce da disputa por força de um interesse, ocorrendo desde os primórdios, quando dois seres humanos se encontraram pela primeira ocasião. (...) O direito tem origem na sociabilidade com a qual o homem convive, visando proporcionar, primeiramente aos indivíduos, isoladamente, e, por via de consequência, à comunidade, o adequado caminho de aprimoramento e de progresso da humanidade. (...) Diante da interligação da sociabilidade humana e da corporificação das normas jurídicas, cumpre analisar quando

A lei específica somente autoriza a transação para por fim a um litígio que surja no âmbito da relação jurídica tributária. Se esse conflito ou controvérsia não estiver suficientemente configurado no bojo desse vínculo, não estará preenchido requisito essencial ao instituto da transação.

Antônio Carlos Furtado confirma esse apontamento dizendo que deve “haver litígio para ensejar a transação e só haverá transação válida se encerrar litígio.”⁵²¹

Essa situação de contraposição de interesses em matéria tributária pode estar relacionada a duas ordens distintas de situações.⁵²²

A primeira envolve a presença do elemento *incerteza* quanto ao direito ou aos fatos⁵²³, um estado de dúvida (*res dubia*). Típica situação de insegurança jurídica, onde em função dos fatores detalhados na Introdução deste trabalho, o sujeito passivo não sabe realmente como proceder em relação a determinados comandos normativos, se está ou não inserido, com suas atividades econômicas ou pessoais no raio de incidência de uma das regras matrizes estabelecidas no e pelo ordenamento jurídico.

Se o sujeito ativo entender que determinada situação de fato ocorreu ou configurou-se na descrição abstrata da lei, ou, também, certa interpretação em relação ao Direito objetivo aplicável deve ser obedecida de modo vinculado, na dúvida, lançará o tributo contra o sujeito passivo.

Muitas vezes nessas ocasiões, em face da dúvida, o agente público termina efetuando o lançamento tributário para que sejam evitadas as consequências legais da decadência e prescrição tributárias, pelo transcurso do tempo em relação à suposta ocorrência do fato gerador. Prevalecendo a dúvida, pois, o tributo é lançado

ocorre ruptura na paz social, escopo máximo do Estado de Direito. Essa fenda acontece quando um interesse de alguém vem a ser contrariado por outrem. (...) A doutrina brasileira denomina de *fundo de litígio*, ou *mérito*, ou *lide*, aquilo que os autores alemães denominam de *objeto litigioso*. A *lide* é conceito coincidente com a idéia de mérito, assim delineado pelo autor, sobre a qual recairá a imutabilidade dos efeitos da coisa julgada.” (CAIS, Cleide Previtali. *O processo tributário*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 123-127).

⁵²¹ FURTADO, Antonio Carlos. “Transação tributária: extensão e limites.” *Revista Forense*, vol. 276. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 42.

⁵²² Natalia De Nardi Dacomo enumera três situações: “A transação poderia ocorrer em três hipóteses: 1) dúvida na interpretação da lei; 2) incerteza na aplicação de penalidades; insegurança quanto ao êxito judicial da controvérsia.” (cit., p. 197).

⁵²³ Cf. JÚNIOR, Onofre Alves Batista. cit., p. 429.

de ofício.⁵²⁴ O contribuinte será, então, notificado, autuado por assim dizer, pelo Fisco, instalando, a partir daí, o denominado contencioso administrativo.⁵²⁵

Em oposição, o sujeito passivo fundamentará as suas pretensões contrárias, e exercendo seu direito e garantia fundamental ao devido processo legal, por meio do contraditório e da ampla defesa, materializado na esfera administrativa ou diretamente perante o Poder Judiciário.

Nesse caso, já formalizada a obrigação tributária por meio do lançamento de ofício, tem-se o contencioso instalado entre os sujeitos ativo e passivo. Configura-se, assim, a segunda situação de contraposição de interesses no contexto da relação jurídica tributária e que assume relevância para a transação.

Vale dizer, a relação jurídica tributária, ainda que originada a partir da ocorrência de um fato jurídico lícito, assume, após mencionado lançamento tributário de ofício, uma feição de conflito, que vem caracterizado em face da nítida contraposição de interesses entre o contribuinte e a Administração Tributária. O que

⁵²⁴ CTN, Art. 149: “O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: I - quando a lei assim o determine; II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária; III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade; IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação; VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior; IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial. Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.”

⁵²⁵ “Formalizada a exigência pela lavratura de auto de infração ou notificação de lançamento, três hipóteses são possíveis: o sujeito passivo cumpre a exigência através do pagamento ou pedido de parcelamento; o sujeito passivo apresenta impugnação para contestar a exigência fiscal, ou se dá a revelia (ausência do contraditório pelo não comparecimento do sujeito passivo ao processo). Se o contribuinte entende que a exigência fiscal não está de acordo com a lei ou a prova dos autos, pode insurgir-se contra ela. A ilegalidade tanto pode se relacionar com o mérito da exação quanto com aspectos formais do lançamento previstos na legislação fiscal. Ao contribuinte cabe decidir o meio processual adequado para sua defesa, podendo contestar o lançamento na esfera administrativa ou submeter a questão à tutela do Poder Judiciário.” (NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 253).

antes era uma relação jurídica ordinária passou a ser uma relação conflituosa, um litígio constituído e formalizado em procedimento administrativo fiscal e ou processo judicial.

Há que se ressaltar que diante da situação de dúvida, e por seu turno, o sujeito passivo poderá se antecipar ao lançamento tributário de ofício e formalizar a relação jurídica tributária contenciosa, por meio do exercício de seu direito e garantia fundamental de ação e petição⁵²⁶, diretamente no Poder Judiciário.

Por conclusão, o litígio configurado entre o sujeito ativo e passivo da relação jurídica tributária, decorrente do profligado crédito tributário e originário do lançamento de ofício, é que inexoravelmente deve ser considerado como objeto da transação tributária, na forma autorizada e especificada pela lei.

Se antes havia dúvida por parte do sujeito passivo, posteriormente ao lançamento tributário a situação é de temeridade (*timor litis*). O sujeito passivo, mesmo convencido de que seus interesses estão amparados em sólida fundamentação jurídica, enxerga como temerária uma lide de natureza tributária. Os fatores que são levados em consideração são inúmeros, dentre eles: (i) o sujeito passivo não tem certeza jurídica suficiente com relação ao resultado do conflito instalado, configurando típica situação de insegurança jurídica⁵²⁷; (ii) o sujeito passivo tem noção de que o exercício de seu direito de defesa implicará no dispêndio de recursos financeiros, resultando custos de manutenção de considerável sacrifício econômico e financeiro ao patrimônio particular; e, ainda, (iii) o sujeito passivo igualmente é conhecedor das deficiências estruturais da Administração Pública, notadamente dos órgãos administrativos e jurisdicionais destinados a, em grau de monopólio, solucionar litígios de natureza tributária, predominando a ineficiência administrativa e a inércia processual.

⁵²⁶ CF88, Art. 5º, XXXIV: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁵²⁷ “A celebração de transação tributária, na esfera judicial ou extrajudicial, é melhor do que a rigidez de uma decisão judicial, que muitas vezes não reflete a melhor técnica tributária ou é imprecisa, ou, quando vem a ser prolatada a prestação jurisdicional, não é mais eficaz ou de difícil execução.” (FILHO, Luiz Dias Martins; ADAMS, Luís Inácio Lucena. “A transação no Código Tributário Nacional [CTN] e as novas propostas normativas de lei autorizadora”, cit., p. 28).

Leve-se em consideração que, após o lançamento tributário de ofício, além da obrigação tributária principal, serão acrescidas as penalidades pecuniárias. Ou seja, o conflito objeto da transação estará relacionado a um crédito tributário que contempla, além da obrigação tributária propriamente dita, ou principal, as penalidades pecuniárias decorrentes da mora.

A obrigação tributária qualificada como principal, formalizada na figura do crédito tributário, resulta ser aquela obrigação que tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária. Essa obrigação será invariavelmente patrimonial ou econômica, representada pelo montante do tributo devido e da respectiva penalidade.

Se o lançamento de ofício tiver por objeto somente a exigência de valor a título de penalidade exclusivamente por conta do descumprimento da denominada “obrigação tributária acessória”, ou deveres instrumentais, estará igualmente configurado o crédito exigível, principalmente se considerada a regra contida no artigo 113 e seus respectivos parágrafos, do CTN.⁵²⁸

Porém, não é cabível, nessa hipótese a aplicação da transação tributária. As penalidades decorrentes do descumprimento de deveres instrumentais são decorrentes de ato ilícito, configurando sanção, figura distinta do tributo. Ilícitos a título de descumprimento de obrigações tributárias acessórias ou deveres instrumentais e suas consequências legais não são passíveis de transação tributária.

Segundo leciona Estevão Horvath, referido dispositivo do CTN considera obrigação tributária aquela que é de cunho principal, qualificando como deveres instrumentais as demais, literalmente dispostas como acessórias, com base em dois aspectos distintos: “primeiro, que tais ‘obrigações’ não têm cunho patrimonial, razão suficiente para que se enquadrem na moldura mais ampla de *deveres* e não de

⁵²⁸ CTN, art. 113: “A obrigação tributária é principal ou acessória. §1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. §2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

obrigações; segundo porque, muitas vezes, elas não seguem a principal e, por conseguinte não têm do que serem acessórias.”⁵²⁹

Afirma-se, nesse sentido, que as obrigações tributárias acessórias são deveres jurídicos tributários de *fazer* ou *não fazer*; não correspondendo, assim, a deveres jurídicos de cunho patrimonial. Não ensejam, portanto, o dever de pagar o tributo.

Paulo de Barros Carvalho sustenta seu ponto de vista, que vai ao encontro desse entendimento pelo qual a classificação promovida pelo legislador do CTN, entre obrigação tributária acessória e principal incorre em grave equívoco do ponto de vista científico. Eis a divisão apresentada pelo respeitado autor: “No âmbito tributário, encontramos dois tipos de relações: (i) as de substância patrimonial e (ii) os vínculos que fazem irromper deveres instrumentais.”⁵³⁰

Nessa classificação, com relação à obrigação tributária, a mesma encontra-se composta pelo montante principal da prestação, ou seja, o tributo devido, acrescido, em caso de mora, às penalidades prescritas em lei, dentre estas, de cunho pecuniário ou patrimonial. Tratam-se das multas e juros, a título de obrigações acessórias. A patrimonialidade autoriza a fixação de critérios legais para que se realize a transação tributária.

Por sua vez, os denominados deveres instrumentais correspondem àquele conjunto de prestações no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, sem apresentar caráter pecuniário ou patrimonial.

A distinção é de relevância ímpar para a transação, pois, a patrimonialidade é, assim como o conflito, da essência desse instituto. Se considerada, para fins de transação, a classificação acima referida e que vem veementemente sustentada por Paulo de Barros Carvalho, somente aqueles conflitos envolvendo a obrigação tributária principal, nela considerados seus acréscimos, é que seriam passíveis de

⁵²⁹ HORVATH, Estevão. cit, p. 203.

⁵³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 424. Segue na mesma oportunidade referido Autor, na diferenciação: “A primeira dessas espécies é conhecida por “obrigação tributária”, tendo como objeto da prestação uma quantia em dinheiro, nos termos do artigo 3º, do Código Tributário Nacional. Soltas ou gravitando em seu derredor está a segunda modalidade, representada por múltiplas relações que prescrevem comportamentos outros, positivos ou negativos, consistentes num fazer ou não-fazer, os quais estão pré-ordenados a tornar possível a apuração, o conhecimento, o controle e a arrecadação dos valores devidos a título de tributo.” (cit.)

transação. Os demais conflitos de interesses, que não são poucos, relacionados aos deveres instrumentais e que, assim, não têm valor pecuniário e caráter patrimonial, não poderiam ser incluídos no objeto da transação tributária.

Pela interpretação do artigo 113 do CTN demonstra-se que o mesmo se encontra em harmonia com o disposto no artigo 171 da mesma Norma Geral de Direito Tributário.

Com efeito, da leitura do artigo 171, *caput*, do CTN, extrai-se inequívoco reconhecimento de que a transação se destina aos “sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária”. A própria Norma Geral disciplinadora é unívoca em relação ao seu texto e significado do mesmo, mencionando unicamente a obrigação tributária propriamente dita, ou “principal” e seus acréscimos. Não se incluem, nesse contexto, os deveres instrumentais.

O artigo 156, III, do CTN faz unicamente referência ao “crédito tributário”, não excluindo desse conceito os valores a título de penalidades pecuniárias e demais acréscimos originários da obrigação tributária principal.

Conclui-se que a obrigação tributária principal, assim como as penalidades e acréscimos legais derivados do inadimplemento do tributo, concretizada na sua totalidade no crédito tributário, poderá estar relacionada com a transação para a extinção do conflito dela decorrente.

Vale alertar novamente que não se está a sustentar que a obrigação tributária possa ser objeto de transação tributária. A prestação do tributo, o dever de adimplir à obrigação tributária não é passível de transação, por se tratar de decorrência da aplicação da lei instituidora desse mesmo dever.⁵³¹ Por esta razão, também, os deveres instrumentais e as controvérsias deles decorrentes não podem ser resolvidos por meio da transação tributária; deveres e as sanções pelo seu cumprimento não são passíveis de concessões recíprocas.

⁵³¹ “Con todo, no podemos, dejar de precisar que la indeterminación o aleatoriedad gira en torno a los elementos de la obligación tributaria en que se sustenta la relación jurídica, pero no respecto a ésta. Pues la misma nace en virtud de un mandato legal, y, por tanto, no es incierta ni la postura que ocupa cada una de las partes ni el objeto de dicha relación, así como tampoco su finalidad y causa, siendo el vínculo jurídico fundamental, la propia obligación tributaria.” (CRUZ, Eva María Gil. cit., pp. 101-102).

Ou seja, não se vislumbra ser possível, a partir da interpretação do artigo 113 do CTN, outra conclusão válida senão aquela pela qual a obrigação tributária principal, nela incluída a figura das penalidades e demais acréscimos legais, tem exatamente o mesmo conteúdo do crédito tributário, conformando, na expressão utilizada por Hugo de Brito Machado, “a relação jurídica obrigacional de conteúdo pecuniário”.⁵³²

Na visão de, José Souto Maior Borges, “na regência do Código Tributário Nacional a obrigação tributária é principal ou acessória (artigo 113, *caput*) e a obrigação principal tem por objeto o pagamento do tributo ou de penalidade pecuniária (artigo 113, §1º)”.⁵³³

Portanto, como objeto da transação considera-se o litígio de natureza tributária, configurado entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária, conflito este relacionado ao crédito tributário originário da respectiva obrigação principal na sua plenitude, com acréscimos (juros) e penalidades (multas) decorrentes da falta de pagamento do tributo na data de seu vencimento, excluídos os denominados deveres instrumentais.

3.6 Efeitos

Com relação à eficácia da transação, ainda que prevista no CTN no rol das modalidades de extinção do crédito tributário, não possui esse atributo. A transação não tem por objetivo e nem eficácia extinguir o crédito tributário, mas tão somente o conflito ou litígio a ele vinculado.

Quanto aos seus efeitos a transação implica em extinção do conflito, ou seja, do litígio que desde logo exista, ou possa potencialmente vir a se configurar diante de uma situação de incerteza, entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária.

⁵³² MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 301 e sgs.

⁵³³ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 73.

Há manifesta impropriedade na expressão extraída do CTN, no artigo 156, III, especificamente. A transação não extingue o crédito tributário. O que promove a extinção do crédito tributário é o pagamento resultante das concessões mútuas acordadas pelos sujeitos ativo e passivo, ocasionando, simultaneamente, o desaparecimento do direito subjetivo e do seu respectivo dever de prestação.

Novamente aqui revela-se imprescindível a menção ao ensinamento de Paulo de Barros Carvalho: “Mas, é curioso verificar que a extinção da obrigação, quando ocorre a figura transacional, não se dá, propriamente, por força das concessões recíprocas, e sim do pagamento.”⁵³⁴ Nesse seu entendimento, referido autor entende, assim, que a transação funciona como um instrumento para que o sujeito passivo efetue o pagamento do tributo, promovendo o desaparecimento do vínculo. Essa singela compreensão já compromete o instituto como forma extintiva de obrigações, pois a extinção das mesmas dá-se pelo seu pagamento, ainda que este seja decorrente de procedimento de transação.

Objetivamente, Heleno Taveira Torres confirma essa posição ao dizer que a “transação, *per se*, não extingue o crédito; é simples mecanismo de resolução de conflitos que se presta para pôr fim ao litígio, mediante composição das partes”, arrematando em seguida ao dizer que o “pagamento, sim, extinguirá o crédito, não a transação, pura e simplesmente.”⁵³⁵

Ao qualificar o pagamento como o único “veículo *não-processual* de constituição do fato jurídico da extinção tributária”, Paulo César Conrado faz exatamente essa distinção em relação à transação: “Tomemos como exemplo, aqui, a transação: sabe-se, com efeito, que tal causa implica pagamento; nesse específico caso, porém, distingue-se a atividade de pagar engendrada pelo contribuinte pela circunstância de ser necessariamente precedida de regular procedimento concessivo do específico regime da transação.”⁵³⁶

⁵³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 424.

⁵³⁵ TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária”, p. 305.

⁵³⁶ CONRADO, Paulo Cesar. “Processualidade e extinção da obrigação tributária”. In: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). *Processo tributário analítico*. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 60.

No dizer de Hugo de Brito Machado, nessa linha de entendimento, “a transação na verdade se destina a extinguir um litígio”, e, assim, “não necessariamente extingue o crédito, ou qualquer outra relação obrigacional.”⁵³⁷

Como consequência da celebração de transação tributária, as concessões recíprocas resultarão, ainda que em valor inferior, num determinando montante a pagar a título de crédito tributário devido.

O resultado da transação configura uma avença concretizada entre os sujeitos ativo e passivo, que, em face das mútuas concessões, extinguirá o crédito tributário por conta do pagamento acordado.

Ao final da transação, se a lei de regência assim prever, poderá ser formalizado um ato administrativo, de lançamento ou não, mas que resultará na formalização do crédito tributário. Daí, segundo Luis Dias Martins Filho e Luís Inácio Lucena Adams, o principal efeito da transação ser extintivo, ou seja, “extinguir o crédito tributário, quando efetiva e totalmente observados os termos da *transação tributária* pelo sujeito passivo.”⁵³⁸

Esse ato administrativo, enquanto etapa final do negócio jurídico administrativo de natureza consensual, pode ser formalizado no próprio termo de transação subscrito pelas partes relacionadas no qual, por exemplo, impõe-se a conduta de levar determinando valor em dinheiro aos cofres públicos, mediante pagamento de guia de recolhimento de prestação tributária.

Nesse caso será o pagamento propriamente dito que irá extinguir a obrigação tributária, não cabendo essa função à avença que deu origem ao referido termo de transação. O termo exclusivamente se prestou, no exemplo apresentado, para formalizar o encerramento definitivo da controvérsia ou da relação jurídica litigiosa.

⁵³⁷ MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário”, p. 117. Nesse mesmo sentido, o ensinamento de Paulo Henrique Figueiredo: “Geralmente, da transação decorre a extinção da relação obrigacional que acolhia o litígio. Contudo, a extinção obrigacional não constitui o objetivo primeiro da transação, vez que o que há de ficar extinto por este instituto é o litígio em potencial ou instalado, ou, em termos mais profundos, a incerteza quanto à relação jurídica, que albergava prestações opostas. Portanto, com a transação desaparece a própria lide, ou seja, a pretensão resistida, e não necessariamente a relação ensejadora das pretensões contrapostas.” (FIGUEIREDO, Paulo Henrique. cit., p. 128-129).

⁵³⁸ FILHO, Luiz Dias Martins; ADAMS, Luís Inácio Lucena. “A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora”, cit., p. 39.

Em última análise quanto a esse aspecto específico, a extinção da obrigação tributária derivada de referido termo de transação, mediante pagamento, é que extingue o correlato crédito tributário. A transação, *per se*, tem o condão de extinguir o conflito ou controvérsia advindos do referido crédito tributário, nada mais.

Outro efeito relevante da transação é que, assim como a *coisa julgada*, atribui-se ao acordo celebrado entre sujeito ativo e passivo qualidade de *ato jurídico perfeito*, nos termos do artigo 5.º, XXXVI, da CF88.⁵³⁹

Invocando a proteção constitucional à segurança jurídica, que é função do Estado preservar juntamente com a legalidade, a irretroatividade e o devido processo legal, Heleno Taveira Torres confirma que: “O fundamento das transações tributárias é a confiança recíproca, amparada na boa-fé objetiva, no respeito ao *pacta sunt servanda* e no fundamento constitucional do ato jurídico perfeito”.⁵⁴⁰

Registre-se ainda a esse respeito que o STF editou a Súmula Vinculante nº 1 justamente sobre esse tema, ou seja: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.”⁵⁴¹

⁵³⁹ CF88, art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵⁴⁰ TORRES, Heleno Taveira. Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária”, p. 310.

⁵⁴¹ Eis alguns trechos relevantes da respectiva proposição desta Súmula: “Trata-se, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 11.417/06, de proposta *ex officio* de edição de enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.” 2. O procedimento ora em exame tem como origem o Ofício 55/05 - GMEG, de 23.05.2005, por meio do qual fiz encaminhar ao então Presidente da Comissão de Jurisprudência desta Corte, Ministro Sepúlveda Pertence, proposta de elaboração de súmula vinculante fundada nas relevantes conclusões obtidas por este Plenário no julgamento do RE 418.918, de minha relatoria, julgado em 30.03.2005 e publicado no DJ de 1º.07.2005, que está assim ementado: (...) Naquele expediente, salientei a necessidade da edição, por esta Casa, de uma orientação vinculante sobre o tema, nos seguintes termos, *verbis*: “A aprovação, nesta Corte, de súmula que vincule, no tema, os demais órgãos do Poder Judiciário, especialmente os juizados especiais federais e respectivas turmas recursais de todo o País, justifica-se pelo efeito multiplicador que possui demanda dessa natureza, havendo cálculos, neste sentido, que estimam em trinta e dois milhões o número de correntistas do Fundo que aderiram ao acordo previsto no art. 6º da LC nº 110/01. Tratando-se de decisão financeiramente mais vantajosa ao fundiário aderente, que dá a ele o direito de correção integral do saldo do FGTS pelos índices reconhecidos no julgamento do RE nº 226.855-RS, não é difícil prever a possibilidade de ocorrência de uma explosão numérica, em todo o território

Cumpra assinalar que a transação não será eficaz em caso de nulidades que eventualmente sejam verificadas no seu procedimento administrativo de formação.

Com efeito, no Direito Civil existem, como se teve a oportunidade de sustentar ao início desta investigação, hipóteses tanto de nulidade quanto de anulabilidade do negócio jurídico transacional.

No entanto, no regime jurídico do Direito Tributário, onde prevalecem os requisitos de natureza legal, a consequência unicamente é de configuração da hipótese de nulidade absoluta.⁵⁴²

No caso, duas são as prescrições legais que vão retirar a eficácia da transação por conta dessa nulidade qualificada como absoluta.

Nos termos do artigo 59, do Decreto nº 70.235/72⁵⁴³, devem ser declarados nulos os atos e termos que, além de não respeitarem disposições específicas da legislação, mormente aquelas relacionadas a situações fáticas e jurídicas relativas e aplicáveis ao caso concreto, forem lavrados ou executados por agente público desprovido de competência funcional.

nacional, de ações e recursos sobre essa mesma questão jurídica, já integralmente examinada e julgada pelo Plenário desta Corte em duas oportunidades: em sede cautelar, na AC nº 272, julgamento em 06.10.04 e, no mérito, no citado RE nº 418.918, julgado em 30.03.05, ambos de minha relatoria;" (...) 4. O enunciado sob encaminhamento, como visto, relativo a tema jurídico dotado de inegável potencial na multiplicação de processos, tem como origem o que decidido por esta Suprema Corte no já comentado RE 418.918, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 1º.07.2005, e, ainda, dentre outros, no RE 427.801-AgR-ED, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 02.12.2005, e no RE 431.363-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 16.12.2005. 5. Ante todo o exposto, na forma prevista no art. 2º, § 3º, da Lei 11.417/2006, encaminho ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, para deliberação, a presente proposta de súmula vinculante, sobre a qual manifesto-me, desde já, favoravelmente à edição do enunciado sob exame." (STF, Súmula Vinculante nº 1, Relatora Ministra Ellen Gracie, aprovada na Sessão Plenária de 30/05/2007, DJe nº 31 de 6/6/2007, os itálicos constam no documento oficial).

⁵⁴² "No Direito Administrativo, a doutrina atinente à nulidade dos atos administrativos não é pacífica, existindo importantes divergências de entendimento. Alguns defendem haver atos nulos e anuláveis, adotando a mesma concepção prevista no Código Civil. Outros autores alegam que não se pode aplicar as regras do direito civil por serem incompatíveis com a natureza do direito público. Sustentam que só pode haver atos nulos no direito administrativo, não se cogitando em atos anuláveis. E, finalmente, há aqueles que entendem que, no direito administrativo, existem atos nulos, anuláveis e inexistentes." (NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. cit., p. 555).

⁵⁴³ Decreto nº 70.325/72, Art. 59: "São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Em se tratando de transação, válido relembrar, as condições e pressupostos para sua celebração devem estar contidos em lei específica, dentre eles (i) a atribuição de competência para atuar como representante da parte relacionada no respectivo acordo; bem como (ii) o detalhamento da situação de fato e de direito vinculadas ao litígio ou controvérsia objeto. Não atendidas essas duas condições, a transação ou acordo vinculado ao respectivo procedimento administrativo de sua formação estará eivado de nulidade absoluta.

Por derradeiro, importante mencionar como igualmente aplicável, de modo sistemático à previsão acima referida, o disposto pelo artigo 53 da Lei nº 9.784/99, determinando que, segundo o qual, agindo de ofício, a própria Administração Pública, na medida em que identificada a presença do *vício de legalidade*, deverá anular seus atos e, também, revogá-los, caso identificados os requisitos da oportunidade e conveniência.

É dizer, pois, que quaisquer irregularidades verificadas no processo de conformação do acordo de transação torna o seu resultado nulo de pleno direito, podendo, de acordo com essa previsão da Lei do Processo Administrativo Federal, ser, inclusive, revisto de ofício ou mesmo revogado por vício de legalidade.

3.7 Espécies

3.7.1 *Transação preventiva e terminativa*

A transação tributária, assim como a transação no Direito Privado, pode ser classificada em distintas espécies ou modalidades.

Nos moldes estabelecidos pela teoria geral do Direito Civil, o Direito Tributário igualmente divide a transação basicamente em duas categorias, que têm por parâmetro a existência ou não da controvérsia, *in concreto*, a que se propõe extinguir.

As hipóteses, nesse caso, são variáveis de acordo com a verificação da ocorrência ou não do fato jurídico tributário, assim como do lançamento e da cobrança judicial do respectivo crédito.

A primeira delas diz respeito à situação onde ainda não identificado o nascimento da obrigação tributária, mediante ocorrência do respectivo *fato imponible*. Não ocorrido o fato jurídico tributário, não há que se cogitar de subsunção do mesmo à norma para fins de surgimento da obrigação tributária. Inexistente a obrigação e o próprio crédito tributário dela decorrente, inexistente será também a respectiva relação jurídica tributária.

Não havendo a formação da relação jurídica tributária, demonstra-se lógica a inexistência do litígio *in concreto* entre os sujeitos dela integrantes, passível de ser solucionado por meio de transação; mas, unicamente, o estado de dúvida (*res dubia*) associado ao temor quanto ao mesmo por parte desses sujeitos correlatos. Prevalece o estado de incerteza e insegurança jurídica, que, ausente o litígio propriamente dito, poderá ser, caso as partes assim optem por fazer, objeto de transação preventiva.

Questionável, por exemplo, a qualificação da *consulta administrativa* como uma das formas de manifestação da transação de natureza preventiva. Na definição fornecida por Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa Martínez López, a consulta administrativa é “o instrumento que o interessado possui para dirimir dúvidas quanto à aplicação de determinado dispositivo da legislação tributária, em situação concreta relacionada com sua atividade.”⁵⁴⁴

Assim como na consulta administrativa, é inegável a presença do estado de dúvida ou incerteza enquanto característica da transação. Mas a consulta com esta

⁵⁴⁴ NEDER, Marcos Vinícius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. cit., p. 514. Destacando o estado de dúvida, seguem as considerações acerca do instituto da consulta administrativa antecipada por parte de Adolfo Atchabahian: “Queremos decir que al presente, reconocida de modo bastante generalizado tanto la necesidad como la importancia de instituir la consulta tributaria anticipada – para contemplar el tratamiento de situaciones atípicas, o no previstas, o dudosas en el ordenamiento vigente, según ya lo hemos puntualizado anteriormente – como canal de comunicación apto en las relaciones entre la administración y los contribuyentes, entendemos que ella debiera ser adoptada por medio de normas que revistan la forma de ley, o hallarse inserta en cuerpos de disposiciones que tengan, por lo menos, igual jerarquía, como es el caso de los códigos, o el de una ley general tributaria”. (ATCHABAIAN, Adolfo. “El régimen de consultas anticipadas del contribuyente ante la Administración tributaria.” In: PISTONE, Pascuale; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 488).

não se confunde por ausência da bilateralidade na relação procedimental formalizada entre o consulente e a Administração Tributária.

Não há qualquer indício de reciprocidade ou qualquer possibilidade de concessões de lado a lado no procedimento administrativo da consulta, descartando-se, assim, a sua pretensa qualificação como uma manifestação da modalidade de transação tributária preventiva.

A consulta administrativa corresponde a um instrumento, previsto na legislação tributária, que tem por objetivo pedir uma determinada orientação à Administração Tributária em relação a uma determinada dúvida, obscuridade ou situação complexa e de difícil compreensão.

É, por assim dizer, uma pergunta, um questionamento, do contribuinte ao Fisco, em face de um estado de dúvida e incerteza, sendo que a Administração Tributária, na visão de Aurélio Pitanga Seixas Filho, deverá orientar a respeito de “qual será o critério jurídico *aplicado oficialmente* a um fato econômico representativo de um negócio jurídico a realizar, ou já praticado, pelo contribuinte consulente.”⁵⁴⁵

Três são os requisitos básicos que permitem ao contribuinte consulente, desde que atendidos, formalizar pedido de consulta administrativa perante a Administração Tributária: (i) que a dúvida suscitada não esteja sendo objeto de procedimento administrativo fiscal já instaurado, para apurar fatos que se relacionem com a matéria objeto da consulta; (b) que o consulente não se encontre intimado a cumprir obrigação tributária principal e ou acessória relacionada ao fato objeto da consulta; e, ainda, (c) que o fato e a matéria descrita a título de conteúdo da consulta não tenha sido objeto de decisão administrativa e ou judicial anterior.

A característica comum desses três pressupostos, quando sistematicamente interpretados, é que a consulta administrativa tem natureza preventiva, na medida em que condiciona o exercício desse direito de petição à ausência de qualquer ato ou procedimento anterior tendente à verificação ou fiscalização, pela Administração Tributária, da ocorrência do fato jurídico tributário. Em outras palavras, a consulta

⁵⁴⁵ FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. *Aplicação da lei tributária*, p. 135.

administrativa deve ser compreendida em consonância com a espontaneidade do contribuinte consulente em relação ao objeto da mesma.

A conclusão é lógica, na medida em que, ocorrido o possível fato jurídico tributário, dissipa-se o estado anterior de dúvida ou incerteza, pelo menos para a Administração Tributária.

É dizer, mesmo na situação extrema do sujeito passivo consulente permanecer inerte diante da possível ocorrência do fato ou prática de um ato descrito de na lei como tributável, poderá o sujeito ativo se antecipar e proceder ao lançamento de ofício. Nesse caso estaria configurada a preclusão administrativa por parte do sujeito passivo com relação ao seu direito e garantia fundamental de peticionar aos órgãos públicos, por meio da formalização de consulta administrativa.

A resposta à consulta corresponde a mero ato administrativo⁵⁴⁶, onde inexistente qualquer concessão por parte do órgão de Fazenda Pública consultado. Ao responder à consulta administrativa, o agente público não exerce qualquer ato discricionário, onde possa existir, ainda que minimante, uma determinada parcela de autonomia da vontade.

Ao contrário, diante da situação fática e da dúvida suscitada pelo consulente particular, a Administração Tributária, por meio de seus agentes, apresentará seu esclarecimento e orientação acerca das mesmas, exercendo exclusivamente um juízo interpretativo e sem fazer concessão de qualquer natureza, eis que ausente a autorização legal para tanto. De modo que não configurada a natureza jurídica de transação à consulta administrativa, nos termos da fundamentação exposta.

Tendo em conta o critério da ocorrência ou não do fato jurídico tributário, para que uma transação tributária possa ser qualificada como sendo de natureza preventiva, na hipótese de inoccorrência, são necessárias algumas considerações adicionais acerca da relação jurídica tributária e sua formação.

A prática de determinados atos ou negócios jurídicos, bem como a verificação, no mundo da realidade, de determinados fatos ou uma dada situação relevante para o Direito, sendo todos eles coincidentes com a descrição hipoteticamente contida na

⁵⁴⁶ NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. cit., p. 515.

norma jurídica, resultará na configuração do denominado fato jurídico tributário; na expressão utilizada pelo legislador do CTN: “fato gerador”.⁵⁴⁷

A noção de fato gerador se traduz em planos distintos, um abstrato e outro concreto.

O fato gerador *in abstrato* é aquele que se verifica no *plano da norma*, mediante uma definição abstrata da situação necessária ao surgimento da obrigação tributária. Essa abstração deve contemplar obrigatoriamente todas as dimensões inerentes à hipótese contida na lei, tais como seu núcleo, o tempo, o espaço, os sujeitos e a quantidade.

Na hipótese em que todos os elementos do fato abstratamente descrito na norma estiverem verificados no mundo da realidade, ou seja, o fato antes considerado no plano abstrato tornar-se concreto, estará também configurado o nascimento a respectiva obrigação tributária. Trata-se do fenômeno da subsunção tributária.⁵⁴⁸

Com efeito, verificada a ocorrência do fato jurídico tributário, será deflagrada a correspectiva obrigação e, por consequência, será composta a denominada relação jurídica tributária.⁵⁴⁹

Daí, então, a noção de “fato gerador” da obrigação tributária, podendo ser um fato jurídico qualquer ou um conjunto deles. Assim também os atos jurídicos *stricto sensu*, que, quando praticados, transformam-se em fato jurídico tributário, ainda que

⁵⁴⁷ CTN, artigo 114: “Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

⁵⁴⁸ Ao discorrer acerca da subsunção, Ricardo Lobo Torres adverte: “De observar que a subsunção não é puramente lógica, pois depende da interpretação e da compreensão do fato descrito na norma e da qualificação do fato concreto (inexiste interpretação do fato), pelo que a inferência ou conclusão não chega a trazer qualquer novidade que não se contenha nas premissas previamente interpretadas e qualificadas.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 217).

⁵⁴⁹ “Como decorrência do acontecimento previsto hipoteticamente na norma tributária, instala-se o fato, constituído pela linguagem competente, irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual seja, o liame abstrato, mediante o qual uma pessoa, na qualidade de sujeito ativo, ficará investida do direito subjetivo de exigir de outra, chamada de sujeito passivo, o cumprimento de determinada prestação pecuniária. Empregando a terminologia do Código Tributário Nacional, diríamos que ocorreu o ‘fato gerador’ (em concreto), surgindo daí a obrigação tributária: é a chamada fenomenologia da chamada incidência de tributos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem...*, cit., p. 421).

referidos atos tenham, no âmbito do Direito Privado, a natureza volitiva ou de negócio jurídico.

Da mesma forma, e em linha com o ensinamento de Ricardo Lobo Torres, “o fato gerador pode se consubstanciar em uma *situação jurídica*, entendida no sentido estrito de complexo de direitos e deveres protegidos pela ordem jurídica.”⁵⁵⁰

A condição irrefutável para que ocorra o surgimento da obrigação tributária é que o ato, fato ou situação jurídica esteja, seja qual for, perfeita e exaustivamente definida na lei formal.

É por meio do fenômeno da subsunção que o crédito nasce juntamente com a obrigação tributária, iniciando-se, a partir de então, um ciclo cujo respectivo *iter* encontra-se previamente fixada pela legislação de regência. Esse ciclo configura um processo de concreção do crédito tributário.

Esse ciclo se concretiza na relação jurídica tributária, com as características e natureza jurídica que lhe são peculiares, e que tem por objeto a obrigação tributária, ou seja, a prestação pecuniária e compulsória chamada tributo.

Nessa relação jurídica tributária, a obrigação tributária, correspondente à prestação pecuniária compulsória denominada tributo, configura seu objeto. Demonstra-se que a obrigação constitui aspecto nuclear do Direito Tributário, enquanto direito obrigacional que resulta ser.

Na definição legal extraída do CTN, artigo 139, o tributo qualifica-se como o “crédito tributário” decorrente da obrigação tributária, tendo a mesma natureza desta.⁵⁵¹ A única diferença, no caso, é que o crédito tributário corresponde à obrigação formalizada pelo respectivo lançamento.

A rigor, conforme já fundamentado anteriormente, não há diferença entre crédito e obrigação tributária⁵⁵², presente a compreensão segundo a qual o crédito

⁵⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 215.

⁵⁵¹ “O preceito não merece, em si, uma crítica mais acesa, se bem que nele já se note a inclinação reprovável de separar-se a obrigação do crédito...” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem...*, cit. 427).

⁵⁵² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 243.

tributário nasce assim diante da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação.⁵⁵³

Além dos elementos objetivos do fato jurídico tributário, existem também aqueles de natureza subjetiva ou pessoal. Com efeito, os sujeitos vinculados à relação jurídica tributária devem ser indicados na lei definidora do fato jurídico tributário, nos termos de sua descrição legal hipotética.

Como resultante da obrigação tributária tem-se o direito subjetivo de crédito, em favor do denominado sujeito ativo e, em simultâneo, um débito para o sujeito passivo.

O sujeito ativo corresponde ao Estado representado pelas suas pessoas políticas — União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios — e respectivos órgãos da Administração Tributária.⁵⁵⁴ Tem esse sujeito ativo o dever-poder de fiscalizar e arrecadar as receitas públicas tributárias, qualificando-se como credor do valor do correspondente crédito tributário.

O sujeito passivo, legalmente qualificado como contribuinte ou responsável corresponderá àquela pessoa, natural ou jurídica, que, vinculada direta ou indiretamente ao fato jurídico tributário, tem a obrigação de pagar o tributo devido, ou seja, adimplir a obrigação tributária, extinguindo o crédito pelo pagamento em dinheiro.

Partindo-se desse pressuposto acerca do surgimento da obrigação tributária e sua formalização pelo lançamento tributário, uma primeira abordagem resulta em qualificar a transação tributária como preventiva até que o momento em que ocorra o fato jurídico tributário, resultando no nascimento da obrigação tributária e do respectivo crédito. Se verificado o nascimento da obrigação pela ocorrência do

⁵⁵³ MORAES, Bernardo Ribeiro de. cit., p. 578.

⁵⁵⁴ Em face de sua personalidade jurídica de Direito Público, Ricardo Lobo Torres, além das pessoas políticas propriamente ditas, inclui, também, no conceito de sujeito ativo as autarquias: “As autarquias também podem ocupar o polo ativo da relação tributária, pois se lhes estende o conceito de Fazenda Pública e se lhes atribui a competência para a cobrança das contribuições especiais. Mas as entidades privadas em favor das quais reverte o produto da arrecadação das contribuições sociais, econômicas e profissionais (sindicatos de trabalhadores e confederações de empresários) não se consideram sujeitos ativos da relação tributária, mas beneficiários de transferência governamental e sujeitos de relação meramente financeira.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 227).

respectivo fato jurídico tributário, o crédito, desde logo existirá, ainda que não formalmente “constituído”, afastando o caráter preventivo da transação.

Ou seja, a transação é preventiva até a ocorrência do fato gerador. Verificada a sua ocorrência no mundo da realidade, a relação jurídica tributária se aperfeiçoa e, assim, a transação passa a ser extintiva ou terminativa, pois igualmente inequívoca a existência do respectivo crédito.

Num segundo momento, ao lado da confirmação do nascimento da obrigação e seu respectivo crédito tributário em face da ocorrência do fato jurídico qualificado pela lei, deve-se valer de critério de classificação entre transação extintiva e não mais preventiva a realização do lançamento tributário, nos termos do artigo 142, do CTN.

O lançamento é o procedimento administrativo tendente a formalizar a ocorrência da obrigação tributária⁵⁵⁵, ou seja, na lição de Aurélio Pitanga Seixas Filho, “é um acerto meramente formal, já que *declara uma verdade* sobre o que ocorreu, não sendo um ato jurídico de *declaração da vontade*, um acerto jurídico material, em que os deveres são constituídos exclusivamente em decorrência da manifestação livre de uma vontade.”⁵⁵⁶

Apesar de se verificar na esfera administrativa, a transação será extintiva ou terminativa em face da existência do crédito tributário formalizado, do qual originário o objeto litigioso das concessões mútuas.

Com isso, a transação pressupõe a existência de um procedimento administrativo fiscal, devidamente formalizado, com um objeto específico – crédito tributário – e suficientemente identificados os sujeitos qualificados como ativo e passivo da relação jurídica tributária.

Em consonância com essa orientação, Natalia De Nardi Dacomo assinala que “a transação da obrigação no direito tributário ocorreria em um processo

⁵⁵⁵ “Assim, o lançamento tributário nada mais é que a formalização da obrigação tributária, ou seja, a aplicação do direito. O ato jurídico do lançamento como ato administrativo, produto, é veículo indutor da norma individual e concreta que prescreve a relação jurídica.” (DE NARDI, Natalia Dacomo, cit., p. 121).

⁵⁵⁶ FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. *Aplicação da lei tributária*, p. 187.

administrativo, devidamente fundamentado, em que se analisariam as questões de fato ou de direito sobrevindas no produto e no processo de positivação do direito.”⁵⁵⁷

Na esfera da Administração Tributária federal, por exemplo, se o sujeito passivo optar por formalizar sua impugnação administrativa contra um determinado lançamento de ofício, instalando-se o contencioso e seu procedimento administrativo fiscal, esse passa a ser regido pelo regime jurídico administrativo do Decreto nº 70.235/72 e da Lei nº 9.784/99, respectivamente. Nesse caso, a capacidade tributária ativa para transigir seria, nos termos da lei, da SRFB, órgão este integrante do Ministério da Fazenda.

No entanto, nenhum desses dois Diplomas legais prevê regras específicas atinentes à transação tributária que leva, desde logo, à conclusão segundo a qual qualquer regra vinculada ao procedimento transacional deverá ser contemplada via modificação por novel legislação sobre a matéria.

Muito embora não sejam identificadas as condições e requisitos da transação tributária em lei geral sobre a matéria, inúmeras são as leis federais esparsas que estabeleceram ou estabelecem distintos métodos de concessões mútuas para se colocar fim às controvérsias relacionadas ao crédito tributário.

De modo que, caso seja dado início ao procedimento específico de transação, no sentido de promover a extinção do respectivo conflito, ajustando, por conseguinte, a respectiva obrigação tributária, o concomitante procedimento administrativo fiscal ordinário de cobrança deverá ser objeto de suspensão por tempo determinado e, por óbvio, razoável e compatível com as peculiaridades do caso concreto objeto da referida avença.

Caso celebrada a transação administrativa, o respectivo procedimento administrativo ordinário terá seu objeto esvaziado, por conta da extinção do conflito e, por consequência, composição das partes em relação obrigação tributária e o crédito a ela vinculado, obrigação esta antes ligada ao conflito extinto.

Por fim, antes de seguir adiante na análise da modalidade judicial de transação em matéria tributária, são necessárias algumas considerações adicionais em relação

⁵⁵⁷ DE NARDI, Natalia Dacom. cit., p. 196

à caracterização do parcelamento como uma das possíveis administrativas de solução amistosa de controvérsias.

Ainda que o tema seja considerado controvertido, não há como se negar essa característica transacional do parcelamento tributário. Prescrito pelo artigo 151, inciso VI, do CTN⁵⁵⁸, o parcelamento somente passou a ser considerado dentre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, juntamente com a moratória, somente a partir da inclusão procedida pela Lei Complementar nº 104/2001.

Configura-se legítima renegociação do crédito tributário inadimplido, nas condições e limites estipulados em lei, podendo resultar, como a própria denominação do instituto indica, no pagamento dividido em um determinado número de parcelas, devidamente atualizáveis no transcurso do tempo que perdurar a sua vigência.

Esse aspecto é crucial para a caracterização do parcelamento dentre as modalidades de transação, pois, a Administração Tributária reconhece que o sujeito passivo cumpre os requisitos legais e, por conta disso, concede, em regime de reciprocidade, a possibilidade do pagamento parcelado, e, em algumas situações, com benefícios de redução do valor das penalidades e dos acréscimos legais e moratórios.

Pode-se, assim afirmar que invariavelmente as transações se afiguram benéficas à Administração Tributária, à medida que racionalizam as etapas, implicam em redução de custos de manutenção e, também, resultam na antecipação de receitas públicas que normalmente não seriam sequer adimplidas pelos sujeitos passivos.

A transação não equivale a mero ato administrativo unilateral de deferimento do pedido de pagamento parcelado do tributo, pois existem concessões, favores em benefício do sujeito passivo, que estão previstas na respectiva lei instituidora.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ CTN, Art. 151, VI: “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...) VI – o parcelamento.”

⁵⁵⁹ Registre-se, em sentido contrário: “O parcelamento de débitos tributários não possui o perfil da transação. A transação constitui-se por concessões mútuas de ambas as partes para pôr fim a um litígio originário de pretensões não coincidentes entre partes decorrentes de questões controvertidas ou incertas. (...) No parcelamento de débitos tributários não há concessões mútuas, mas sim renúncia aos direitos pelo sujeito passivo. E a renúncia é ato unilateral realizada

O parcelamento não corresponde, assim, a mera suspensão de exigibilidade do crédito tributário, sem qualquer conteúdo que o qualifique como transação. Isto porque, para aderir ao parcelamento, o sujeito se compromete a: (i) honrar a dívida fracionadamente, com os consectários decorrentes do decurso de prazo; (ii) observar todas as imposições legais aplicáveis a esse regime especial de pagamento; (iii) renunciar a qualquer direito ou impugnação que possa se contrapor ao crédito tributário; e (iv) desistir das ações judiciais em curso e das impugnações e recursos administrativos.

De modo que não merece prosperar a idéia segundo a qual o parcelamento não se configura como modalidade de transação por produzir efeitos apenas em relação a uma das partes. Ao contrário, pois a eficácia da celebração do parcelamento atinge ambas as partes relacionadas.

De um lado a concessão estatal de autorizar, nos termos da lei, o pagamento parcelado e, assim, deixar de prosseguir com os atos ordinatórios de exigência do crédito tributário. De outro, o cumprimento dessas condições e requisitos pelo sujeito passivo inadimplente e conseguinte pagamento tempestivo do tributo, pondo fim, assim, à controvérsia ou causa originária do crédito tributário controverso.

Segundo Regina Helena Costa, ao reconhecer o parcelamento dentre as modalidades de resolução de conflitos na seara tributária: “Por meio dele o

mediante declaração.” (ZANELLO, Cristina. *Parcelamento de débitos tributários das empresas*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87). Em outros termos, Hugo de Brito Machado sustenta mudança de opinião a respeito do tema: “Já nos pareceu que o parcelamento de dívida tributária, com a concessão de outras vantagens ao contribuinte, além da prorrogação do prazo e da distribuição do valor do crédito tributário em parcelas, seria uma forma de transação. E diversas decisões judiciais têm afirmado que o Refis configura uma transação. Mesmo assim, meditando sobre o assunto em face de inúmeras situações nas quais tem ocorrido a exclusão do contribuinte do referido programa, unilateralmente, consolidando-se situação na qual somente a Fazenda termina levando vantagem, e sobretudo em face do que estabelecem os arts. 156, III, e 171, do Código Tributário Nacional, modificamos nosso ponto de vista. Não é razoável admitir-se uma transação que se consuma e produz efeitos apenas em relação a uma das partes, deixando a outra livre para recuar quanto às concessões que eventualmente tenha feito. A transação há de ser vista como um negócio jurídico que produz efeitos apenas em relação a uma das partes, deixando a outra livre para recuar quanto às concessões que eventualmente tenha feito. A transação há de ser feita como um negócio jurídico que produz efeitos em relação a ambas as partes no mesmo envolvidas, e além disto em nosso Direito Tributário é admitida em caráter excepcional, como causa de extinção do crédito tributário, não sendo razoável, portanto, admitir-se que esteja presente em situação na qual a relação obrigacional segue existindo e dando ensejo a atos arbitrários da Fazenda, inteiramente incompatíveis com a idéia de uma relação jurídica cuja extinção se tenha operado.” (“Confissão e transação no direito tributário.” *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 159. São Paulo: Dialética, dezembro 2008, p. 39).

contribuinte tem repactuada sua dívida, para que a satisfaça em condições mais favoráveis, especialmente no tocante ao prazo para seu pagamento”, evitando-se, pois, “conflitos entre os sujeitos da obrigação tributária”.⁵⁶⁰

Em suma, o sujeito ativo cede mediante autorização do pagamento parcelado do crédito tributário inadimplido, desde que o sujeito passivo, de outro lado, também ceda mediante reconhecimento do valor devido, passando a pagá-lo em dia.

Ademais, além das concessões recíprocas, o parcelamento celebrado deve ser considerado como hipótese de transação porque põe fim a uma relação jurídica litigiosa entre os sujeitos dela partícipes, desde que suas parcelas sejam adimplidas antes dos respectivos prazos de vencimento.

Ou seja, se antes a relação jurídica tributária era litigiosa, por conta da contraposição de interesses em relação ao crédito tributário inadimplido e objeto da mesma, com o parcelamento do correspondente valor fica eliminada a litigiosidade, voltando-se, assim, à normalidade. Inequivocamente o parcelamento configura-se, nesse aspecto, modalidade de transação, dado que extingue o litígio ou controvérsia decorrente da inadimplência do crédito tributário parcelado.

Também deve ser refutada a hipótese do parcelamento tributário ser considerado novação em detrimento da sua natureza jurídica de transação, na forma acima sustentada. Esse entendimento surgiu a partir de precedência jurisprudencial do STJ, segundo o qual o parcelamento não se configura modalidade de “transação

⁵⁶⁰ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 202-203. Apesar de oscilante, a jurisprudência do STJ vem apresentando resultados que reconhecem a identidade do parcelamento como modalidade de transação tributária: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO PELO CONTRIBUINTE PARA SUA INCLUSÃO EM PARCELAMENTO FISCAL. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Independentemente de se tratar de ação na qual se discute a inclusão/reinclusão em outros parcelamentos, aplicável a regra prevista no §1º do art. 6º da Lei 11.941/09, que dispensa a parte renunciante do pagamento da verba honorária, sob pena de afronta ao espírito do aludido diploma legal, que objetiva facilitar o pagamento de débitos perante o Fisco. 2. Trata-se, em verdade, de uma verdadeira transação, em que uma parte, o contribuinte, abre mão da ação judicial, e a outra, a Fazenda, em contrapartida, dos honorários advocatícios, com o objetivo maior de satisfação do próprio crédito da Receita Federal, pois é sabido que as demandas judiciais consomem demasiado tempo. 3. Agrado Regimental desprovido.” (STJ, AgRg no REsp 1231738/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira turma, julgado em 08/11/2011, DJe 16/11/2011).

extintiva do crédito” tributário, mas, tão somente, uma mera dilação do prazo de pagamento do tributo, assumindo caráter de *novação*.⁵⁶¹

Uma primeira objeção a essa interpretação do conceito de transação diz respeito aos efeitos da mesma. Como visto acima, a transação não opera efeitos extintivos em relação ao crédito tributário propriamente dito, mas, isto sim, à contraposição de interesses entre o Fisco e o contribuinte, dele decorrentes. Vale

⁵⁶¹ Cf.: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. 1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada. 2. A opção pelo ingresso no Programa de Recuperação Fiscal implica em reconhecimento do débito e, conseqüentemente, na renúncia à defesa de mérito quanto à sua existência, extensão e exigibilidade. Como faculdade do contribuinte, a adesão ao REFIS pressupõe a desistência de toda e qualquer ação onde se discuta o débito respectivo. 3. Deveras, dispõem, respectivamente, os artigos 999, I, do Código Civil e 110 do Código Tributário Nacional, verbis: “Art. 999. Dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior;” “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.” 4. Nessas hipóteses, a Lei 9.964/2000, no seu art. 2º, § 6º, teve como destinatários os autores das ações que versam os créditos submetidos ao REFIS. Em conseqüência, tanto o particular em ação declaratória, quanto a Fazenda que aceita a opção ao programa, renunciam ao direito em que se fundam as ações respectivas. 5. Sendo uma opção do contribuinte em débito para com o Fisco, cujas condições estão expressas no citado diploma legal, não há como ser deferido o ingresso do devedor no referido programa sem o cumprimento das exigências legalmente estipuladas. Isto é, a recusa do devedor em desistir das ações judiciais respectivas implica na legitimidade da recusa ao seu ingresso no REFIS. 6. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 572023/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 114). PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA. “REFIS”. ADESÃO. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. REQUISITO. 1. A Lei 9.964/2000, no seu art. 2º, § 6º, tem como destinatários os autores das ações que versam os créditos submetidos ao REFIS. Em conseqüência, tanto o particular em ação declaratória, quanto a Fazenda que aceita a opção ao programa, renunciam ao direito em que se fundam as ações respectivas, porquanto, mutatis mutandi, a inserção no REFIS importa novação à luz do art. 110 do CTN c/c o art. 999, I, do CC. 2. Os embargos à execução têm natureza de ação de conhecimento introduzida no organismo do processo de execução. Em conseqüência, a opção pelo REFIS importa em o embargante renunciar ao direito em que se funda a sua oposição de mérito à execução. Considere-se, ainda, que a opção pelo REFIS exterioriza reconhecimento da legitimidade do crédito. 3. Encerrando a renúncia ao direito em que se funda a ação ato de disponibilidade processual, que, homologado, gera eficácia de coisa julgada material, indispensável que a extinção do processo, na hipótese, com julgamento de mérito, pois o contribuinte, ao ingressar, por sua própria vontade, no Refis, confessa-se devedor, tipificando o art. 269, V do CPC. Até porque, o não-preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no programa de parcelamento é questão a ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial. 4. A desistência da ação é condição exigida pela Lei n.º 9.964/00 para que uma empresa, em débito com o INSS, possa aderir ao programa de recuperação fiscal denominado “REFIS”. Precedentes: REsp 718712/RS Relatora Ministra ELIANA CALMON DJ 23.05.2005; EREsp 502246/RS Relator Ministro FRANCIULLI NETTO DJ 04.04.2005; REsp 620378/RS Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ 23.08.2004. 5. Agravo Regimental desprovido.” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 726293/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ 29/03/2007, p. 219).

reiterar, nesse aspecto, que a transação não extingue o crédito tributário e sim o conflito dele originário.

Destaque-se, nesse ponto, que uma vez celebrado o parcelamento, permanece suspensa a exigibilidade do crédito tributário e não do litígio dele decorrente. O litígio é extinto pela transação via parcelamento, como é de sua essencialidade. Cogitar-se, pois, da suspensão do litígio corresponde a argumento desprovido de qualquer fundamentação de validade jurídica.⁵⁶²

Como segunda objeção à equivocada interpretação suscitada no precedente ora apreciado, deve-se entender que o parcelamento tributário não configura novação. Configura-se a novação naquelas situações nas quais o devedor contrai com o credor uma nova obrigação, extinguindo a anterior em face dessa substituição.⁵⁶³

Verifica-se, portanto, na hipótese de novação, a ocorrência de alteração ou modificação na causa jurídica da respectiva obrigação.

Igualmente configurando instituto típico do Direito Privado, a novação não se encontra positivada no ordenamento jurídico tributário pátrio. Ademais, no Direito Tributário não se opera esse tipo de modificação da razão jurídica do débito, melhor dizendo, crédito tributário. Essa razão jurídica permanece a mesma. A causa ou razão jurídica do crédito tributário deve ser sempre considerada a incidência da norma e, de maneira inequívoca, o crédito parcelado deve ter idêntico fundamento do crédito originário.

Tanto é verdadeiro esse argumento que, caso existente processo executivo do sujeito ativo contra o sujeito passivo este, que tenha por objeto o crédito tributário

⁵⁶² Confunde-se Nadja Araújo nesse aspecto específico: “Um parcelamento não deve resultar da transação ao Art. 171, CTN. Apesar da extinção fracionada do crédito, o litígio na relação tributária permanece em suspenso, aguardando o cumprimento (voluntário) da obrigação ajustada pelo devedor, o qual, pela garantia constitucional de acesso à jurisdição, tem o direito de (re)instalação da contenda para questionar o parcelamento ou a obrigação que lhe deu origem.” (cit., p. 114).

⁵⁶³ “A novação é meio para a extinção das obrigações regida pelo direito civil. Por ela, uma obrigação é extinta pela formação de outra, substitutiva da primeira. Na novação objetiva, o devedor contrai com o credor uma nova dívida, substituindo uma anterior – que é extintiva. Na novação subjetiva, ou um novo devedor sucede ao antigo – que fica liberado – ou um novo credor substitui o antigo.” (ARAÚJO, Nadja. cit., pp. 108-109).

parcelado, durante o período em que viger o parcelamento, deverá referida ação judicial permanecer suspensa.⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ Cf.: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE PARCELAMENTO FISCAL (PAES) PROTOCOLIZADO ANTES DA PROPOSITURA DO EXECUTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA À ÉPOCA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PERFECTIBILIZADA APÓS O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. EXTINÇÃO DO FEITO. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. 1. O parcelamento fiscal, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, à luz do disposto no artigo 151, VI, do CTN. 2. Consequentemente, a produção de efeitos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário, advindos do parcelamento, condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pedido formulado pelo contribuinte junto ao Fisco (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 911.360/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe 04.03.2009; REsp 608.149/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004; (REsp 430.585/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 03.08.2004, DJ 20.09.2004; e REsp 427.358/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.08.2002, DJ 16.09.2002). 3. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003 (em que convertida a Medida Provisória 107, de 10 de fevereiro de 2003), autorizou o parcelamento (conhecido por PAES), em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais e sucessivas, dos débitos (constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ainda que em fase de execução fiscal) que os contribuintes tivessem junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com vencimento até 28.02.2003 (artigo 1º). 4. A Lei 10.522/2002 (lei reguladora do parcelamento instituído pela Lei 10.684/2003), em sua redação primitiva (vigente até o advento da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009), estabelecia que: "Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. (...) §4º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido. (...)". 5. Destarte, o §4º, da aludida norma (aplicável à espécie por força do princípio *tempus regit actum*), erigiu hipótese de deferimento tácito do pedido de adesão ao parcelamento formulado pelo contribuinte, uma vez decorrido o prazo de 90 (noventa) dias (contados da protocolização do pedido) sem manifestação da autoridade fazendária, desde que efetuado o recolhimento das parcelas estabelecidas. 6. *In casu*, restou assente na origem que: "... a devedora formalizou sua opção pelo PAES em 31 de julho de 2003 (fl.. 59). A partir deste momento, o crédito ora em execução não mais lhe era exigível, salvo se indeferido o benefício. Quanto ao ponto, verifico que o crédito em foco foi realmente inserido no PAES, nada havendo de concreto nos autos a demonstrar que a demora na concessão do benefício deu-se por culpa da parte executada. Presente, portanto, causa para a suspensão da exigibilidade do crédito. Agora, ajuizada a presente execução fiscal em setembro de 2003, quando já inexequível a dívida em foco, caracterizou-se a falta de interesse de agir da parte exequente. Destarte, a extinção deste feito é medida que se impõe." 7. À época do ajuizamento da demanda executiva (23.09.2003), inexistia homologação expressa ou tácita do pedido de parcelamento protocolizado em 31.07.2003, razão pela qual merece reparo a decisão que extinguiu o feito com base nos artigos 267, VI (ausência de condição da ação), e 618, I (nulidade da execução ante a inexigibilidade da obrigação consubstanciada na CDA), do CPC. 8. É que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perfectibilizada após a propositura da ação, ostenta o condão somente de obstar o curso do feito executivo e não de extingui-lo. 9. Outrossim, não há que se confundir a hipótese prevista no artigo 174, IV, do CTN (causa interruptiva do prazo prescricional) com as modalidades suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, do CTN). 10. Recurso especial provido, determinando-se a suspensão (e não a extinção) da demanda executiva fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (STJ, REsp 957509/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010).

Caso fosse juridicamente válido o fundamento pelo qual o parcelamento equivale à hipótese de novação, referido processo executivo deveria não simplesmente permanecer suspenso, mas, ao revés, ser imediatamente extinto.

Essa configura a mesma linha de pensamento expendida por Américo Masset Lacombe, em especial ao dizer que “havendo novação, as ações tem que ser extintas; não havendo novação, havendo apenas um simples parcelamento, a ação não é extinta, é suspensa.”⁵⁶⁵

Por conclusão, não há que se cogitar da presença de novação e, isto sim, transação tributária diante da hipótese de parcelamento de crédito dessa natureza.

3.7.2 Transação tributária judicial

O regime de transação extintiva ainda sob a perspectiva da Administração Pública, na forma acima debatida, sofre alteração em se considerando estágio mais avançado do *iter* procedimental de exigência e cobrança do crédito tributário.

Exaurida a esfera administrativa contenciosa, a controvérsia acerca de uma determinada obrigação tributária, mediante prévia inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa⁵⁶⁶ do sujeito ativo, passa ao âmbito judicial. A Certidão da Dívida Ativa é o título executivo do sujeito ativo contra o sujeito passivo. Em relação à cobrança dos créditos tributários federais, por exemplo, a capacidade tributária ativa migra da RFB para a PGFN, responsável pelo ajuizamento através de processo executivo fiscal. Nos Estados e Municípios prevalece essa mesma regra, com as Administrações Tributárias e as respectivas Procuradorias Judiciais, ambos os órgãos integrados em promover a cobrança do crédito tributário.

Antecipando-se ao mencionado ato de inscrição, o sujeito passivo poderá, também, levar o questionamento da validade jurídica do crédito tributário e de sua exigibilidade ao Poder Judiciário.

⁵⁶⁵ LACOMBE, Américo Masset. cit., p. 234.

⁵⁶⁶ CTN, Art. 201: “Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

Denota-se que a transação extintiva, então, poderá ter uma conotação administrativa ou, se não for resolvida nesse foro, passará a ser necessariamente concretizada perante o Poder Judiciário.

Surge, daí, então, a classificação da transação tributária como sendo judicial, pressupondo a existência de um processo judicial, pouco importando se este for de iniciativa do sujeito ativo ou passivo da relação jurídica tributária que deu origem à lide.

Da forma como está posta a disposição do artigo 171, do CTN, e nos moldes anteriormente referidos, a transação somente é admitida na modalidade extintiva e não preventiva.

Segundo Hugo de Brito Machado, para que se vislumbre a presença da “transação no Direito Tributário impõe-se tenha sido já instaurado o litígio, embora não se exija que este se caracterize pela propositura de ação judicial.”⁵⁶⁷

Dessa mesma opinião comunga Paulo de Barros Carvalho, notadamente ao consignar que de modo distinto “do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litígio, nos domínios do direito tributário só se admite a transação terminativa.”⁵⁶⁸

Caso inexistente o litígio, as partes não transigem e, portanto, não compõem seus mútuos interesses. Esse litígio, no ambiente da transação judicial, pressupõe a existência de uma lide, caracterizando-se, nesses termos, a sua *processualidade*.

Essa composição amigável por meio de transação, em juízo, poderá ocorrer, desde que autorizada em lei específica, nos distintos tipos de processo judicial que envolve a temática tributária, cada um deles com sua peculiar disciplina processual.

Para fins de conciliação judicial, com agendamento de respectiva audiência, devem se considerar unicamente aquelas ações judiciais que comportam a sua realização.

⁵⁶⁷ MACHADO, Hugo de Brito. “Transação e arbitragem no âmbito tributário.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 116.

⁵⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem...*, p. 484.

Em regra comportam esse tipo de procedimento judicial as ações de conhecimento, que basicamente são três: (i) ação anulatória de débito fiscal; (ii) ação declaratória em matéria tributária; e, ainda, (iii) os próprios embargos opostos à execução fiscal.

A ação anulatória de crédito tributário inadimplido corresponde àquela demanda promovida pelo sujeito passivo contra o sujeito ativo da relação jurídica tributária dela originária, tendo, como pressuposto, a existência prévia de um lançamento tributário, cuja anulação se pretende alcançar por meio de sua procedência. A sentença de procedência na ação em comento opera efeitos declaratórios de inexigibilidade do respectivo crédito tributário, anulando-se, com julgamento do seu mérito, o lançamento do mesmo.

Por sua parte, a ação declaratória, como a própria denominação indica, tem por objetivo alcançar provimento de cunho declaratório, em matéria tributária, sempre e quando presente um estado de incerteza por parte do sujeito passivo, por força da exigência da respectiva exação.

Da mesma forma, contra a ação executiva fiscal disparada em juízo pelo sujeito ativo, visando o cumprimento de obrigação indicada na certidão da Dívida Ativa, o sujeito passivo executado, desde que previamente garantido o valor da execução – em dinheiro, direitos ou bens –, pode apresentar sua defesa, opondo os embargos do devedor.

Nesses três tipos de processo judicial afigura-se juridicamente possível, por conta do seu rito ordinário, enquanto ações de conhecimento, a transação tributária judicial por meio de conciliação em juízo.

Por derradeiro, as outras três distintas modalidades de ações judiciais tipicamente tributárias ficam fora da possível conciliação judicial, são elas: (i) a ação de mandado de segurança; (ii) as ações cautelares tributárias, que tem objeto distinto do conflito tributário propriamente dito, não se vinculando ao mérito da profligada obrigação tributária mas, isto sim, à garantir determinada situação jurídica até determinado momento ou circunstância; e, ainda, (iii) a própria execução fiscal que, assim como o mandado de segurança, não tem no seu rito processual a

previsão nem a possibilidade de realização de audiência de conciliação entre as partes relacionadas.

O mandado de segurança é espécie de ação constitucional⁵⁶⁹, que tem por escopo preservar direito subjetivo líquido e certo contra ato abusivo ou arbitrário praticado por agente público, com rito processual prescrito por meio de legislação específica.⁵⁷⁰

Referida ação de cunho mandamental pode ser manejada nas mais variadas situações existentes no âmbito da relação jurídica tributária, operando como instrumento de controle de constitucionalidade de leis e possibilitando ao sujeito passivo, da mesma forma, promover o questionamento da própria validade jurídica do vínculo relacional estabelecido com o sujeito ativo. Do ponto de vista formal, representa instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo, coibindo abusos de autoridade por parte da Administração Tributária.

Seu rito processual é atípico. A comprovação do direito líquido e certo, pelo sujeito passivo, somente pode ser realizada mediante a utilização de prova documental pré-constituída, que instruirá a petição inicial contendo pedido liminar em caráter preventivo ou coibidor de ato inquinado de ilegal já praticado pela Autoridade reputada coatora.

Transportando-se à relação jurídica tributária, o mandado de segurança preventivo terá por objetivo evitar ou proteger antecipadamente o sujeito passivo contra a exigência do crédito tributário. Nesse caso, faz-se necessário que o lançamento do tributo não tenha ocorrido, de ofício ou em qualquer de suas outras modalidades, sendo imprescindível que a respectiva impetração ocorra em caráter prévio.

⁵⁶⁹ CF88, art. 5º, inciso XIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

⁵⁷⁰ BRASIL. Lei n.º 12.016, de 27 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009.

Caso já lançado o tributo, o mandado de segurança perde essa característica preventiva, passando a combater ato autoritário já consumado. Melhor dizendo, o mandado de segurança visa, nesse caso, afastar ato coator e, não mais, coibir a sua iminente prática.

Apreciado o pedido liminar, a autoridade coatora prestará as suas informações em relação às alegações deduzidas em juízo pelo sujeito passivo impetrante, com posterior remessa dos autos do processo para manifestação do Ministério Público. Formalizada a opinião do *Parquet* acerca da concessão ou não da segurança objetivada, os autos serão, sem qualquer outro ato processual intermediário, a exemplo da audiência de conciliação, remetidos para prolação da respectiva sentença de mérito, com ordem de prioridade em seu julgamento.

A execução fiscal⁵⁷¹, assim como o mandado de segurança, não tem no seu rito processual a previsão legal expressa prevendo a possibilidade quanto à realização de audiência de conciliação entre as partes relacionadas. Ou seja, trata-se de rito específico e incompatível com a conciliação judicial.

E, ainda, as ações de natureza cautelar que têm objeto distinto do conflito tributário propriamente dito, não se vinculando ao mérito da profligada obrigação tributária, mas, isto sim, para garantir determinada situação jurídica até determinado momento ou circunstância ulterior.

Cumprido, ao final, mencionar que, por decorrência da celebração de transação administrativa, todos esses tipos de ação judicial poderão estar recebendo reflexos na sua continuidade ou manutenção, a depender da situação. Nada impede que, mesmo com as ações judiciais em curso, os sujeitos da relação jurídica tributária venham celebrar transação na esfera administrativa, influenciando na continuidade ou não dos processos.

Se a transação administrativa envolver a formalização de parcelamento do débito objeto de uma ação em curso perante o Poder Judiciário, pouco importará o seu rito ou as suas especificidades procedimentais. Invariavelmente as ações judiciais devem permanecer suspensas até que a última parcela do valor parcelado

⁵⁷¹ Cf. BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1980.

seja adimplida pelo sujeito passivo; caso contrário, o andamento processual das mesmas será, a qualquer tempo, contra si retomado pelo sujeito ativo.

Quitado regularmente o parcelamento, a consequência processual nas demandas será a sua extinção com julgamento do mérito, que, ainda que transacionado e parcelado o valor na via administrativa, o crédito tributário restou extinto pelo pagamento.

Mais além, naquelas situações em que a transação administrativa implicar pagamento à vista com descontos, contemplando remissões ou também a anistia de penalidades, extinguindo-se o crédito tributário e a respectiva contraposição de interesses entre sujeito ativo e passivo, as ações judiciais correlatas perderão o seu objeto, também por conta de extinção com julgamento de mérito. Isto porque a extinção do processo somente seria sem julgamento de seu mérito nas hipóteses de remissão ou anistia total do crédito tributário, geralmente decorrente de lei e não da transação acerca do conflito dele originário.

Capítulo 4 – Transação tributária e Direito Positivo

4.1 O Regime jurídico das distintas legislações tributárias

Existe uma quantidade considerável de legislações em âmbito nacional que instituem e disciplinam a execução de procedimentos consensuais em matéria tributária.

Além de a quantidade ser um diferencial, referido ordenamento jurídico estabelece do ponto de vista qualitativo diversificada lista de concessões que o Estado, enquanto sujeito ativo da relação jurídica tributária, pode, desde que observados os estritos pressupostos e condições legais, oferecer em troca de sacrifício recíproco do sujeito passivo, seja ele contribuinte ou responsável.

De modo que se afigura indispensável a apresentação e apreciação das distintas legislações que apresentam normas veiculadoras de procedimentos transacionais em matéria de tributos e sua respectiva obrigação, confirmando que, em face do sistema jurídico, regras jurídicas dessa natureza são e guardam relação-de-pertinência com o mesmo, notadamente em relação aos seus princípios e demais regras que o integram.

Por meio desses programas previstos nas legislações tributárias dos distintos entes federativos, objetiva-se promover a aproximação dos sujeitos ativo e passivo que conformam a relação tributária, fomentando o diálogo e a constante busca da solução amistosas dos litígios, sem a necessidade de uma sentença judicial ou uma decisão administrativa em procedimento fiscal.

O Administrador Tributário almeja, a partir do texto legal das mesmas, como política de gestão tributária, alcançar eficiência na tutela do crédito tributário. Na busca da realização e efetivação do interesse público por meio do princípio da eficiência, e amparado em lei específica, o Fisco, como resultado das concessões e flexibilizações promovidas junto ao sujeito passivo, obtém como resultado a ampliação da capacidade de arrecadação tributária, visto que créditos tributários antes qualificados como passivos incobráveis são convertidos em receita pública.

Ademais, nesse tipo de regime excepcional envolvendo transação, costumam as legislações em vigência e a seguir apreciadas, privilegiar a garantia de segurança e boa-fé no cumprimento das leis tributárias, visando, nessa mesma ordem, aprimorar a modernização da ação de fiscalização e lançamento do tributo.

Também com foco no princípio da eficiência, enumera-se como finalidade de legislações tributárias dessa natureza a redução progressiva do “estoque” de processos judiciais, com economia para o Estado, mediante o emprego de instrumentos ágeis de solução de controvérsias e que implique na extinção dos infundáveis litígios.

Do ponto de vista de observância e reflexo do princípio da capacidade contributiva, na forma já pontuada por ocasião do estudo das principais características da transação no Direito Tributário, essas regras jurídicas apresentam instrumentos promotores das garantias e privilégios do crédito tributário, compatibilizando a insolvabilidade ou iliquidez do patrimônio do devedor com preservação da unidade econômica da empresa, pela manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses públicos correspondentes, em reconhecimento à função social e ao estímulo à atividade econômica.

E, por fim, do ponto de vista da possibilidade de denúncia espontânea⁵⁷² do sujeito passivo, por conta das concessões apresentadas em legislações dessa natureza, reprimir a evasão fiscal em todas as suas modalidades.

4.2 Confissão e renúncia

Na legislação tributária instituidora dos parcelamentos, de modo específico aqueles programas que dentre as suas cláusulas preveem possíveis concessões recíprocas no intuito de se extinguir a relação jurídica conflitante, usualmente são

⁵⁷² CTN, Art. 138: “A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

impostas regras relacionadas à *confissão irretratável* e a *desistência da ação com renúncia do direito*.

O registro desse uso acolhido pelo legislador pátrio como se fosse praticamente obrigatório na legislação de regência dos parcelamentos tributários vem apresentado por Hugo de Brito Machado: “Nas leis que tratam de moratória em matéria tributária, conhecidas como leis de parcelamento, é lugar comum a exigência de confissão irretratável da dívida como condição para o deferimento do pedido de parcelamento.”⁵⁷³

Conforme destacado por Aurélio Pitanga Seixas Filho: “A confissão é uma declaração a respeito da ocorrência de um fato que se verificou e cuja descrição pode ser fiel ao fato acontecido, pode ocultar fatos, no todo ou parcialmente, ocorrer erros ou falhas no testemunho ou, até mesmo, falsidade.”⁵⁷⁴

Por meio da confissão não se constitui direito, pois não tem qualquer conteúdo volitivo na sua manifestação. O sujeito passivo simplesmente reconhece os fatos como condição, na verdade uma das concessões que perfazem esse tipo de benefício fiscal, ao aperfeiçoamento da transação tributária por meio da formalização do parcelamento, sem qualquer preocupação em relação ao significado desses fatos confessados.

Nesse sentido se manifesta Américo Masset Lacombe, ao escrever que “a confissão só pertine ao fato enquanto fato puro, sem qualquer preocupação com a significação jurídica do fato, ou seja, quando o contribuinte confessa o fato, ele só pode confessar *fato concreto*, ele não confessa as consequências interpretativas da lei – não existe confissão de hermenêutica, existe confissão de fato.”⁵⁷⁵

A confissão caracteriza-se como meio de prova, ao lado de outras provas consagradas pelo Direito, uma declaração de ciência da parte em relação à verdade de um determinado fato, não influenciando na constituição do respectivo crédito tributário.

⁵⁷³ MACHADO, Hugo de Brito. “Confissão e transação no Direito Tributário”, cit., p. 34.

⁵⁷⁴ FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Efeitos da confissão no direito tributário.” In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Vol. 12, São Paulo: Dialética, 2008, p. 11.

⁵⁷⁵ LACOMBE, Américo Masset. cit., p. 235.

Em se tratando de confissão, a irretratabilidade em relação aos fatos confessados é relativa, pois a confissão pura e simples caracteriza-se pela sua permanente possibilidade de retratação pelo confesso.

Assim sendo, a única consequência decorrente da confissão corresponde à inversão do ônus da prova, passando o mesmo a ser dever exclusivamente atribuído ao sujeito passivo autor da declaração para fins de desconstituição do crédito tributário originado a partir do fato confessado.⁵⁷⁶

Vale desde logo ressaltar o entendimento e que vem manifestado no texto da Súmula 436, editada pela Primeira Seção do STJ em abril de 2010, reconhecendo que: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.”⁵⁷⁷

O STF, em igual sentido, já havia se pronunciado anteriormente, fundamentando sua posição na possibilidade do sujeito passivo constituir o crédito tributário por meio da confissão fática por ele próprio apresentada.⁵⁷⁸

No entanto, notável que a posição jurisprudencial aqui referida contraria expressamente dispositivos de índole constitucional e, da mesma forma, do CTN enquanto norma geral de Direito Tributário.

Segundo o artigo 5º, inciso XXXV, da CF88, insere-se na competência do Poder Judiciário a qualificação jurídica dos fatos, tornando irrelevante a manifestação do sujeito passivo acerca desses mesmos fatos; assim como, no caso do CTN, seu artigo 142, é dever da Administração Tributária qualificar juridicamente

⁵⁷⁶ “Consequentemente, a confissão, seja de quem a faça, não é um ato jurídico declaratório de uma vontade (negócio jurídico), porém uma declaração de ciência, um ato jurídico declaratório de uma verdade, o que permite a retificação do documento, se houver erro na matéria fática, dentro dos prazos para a retratação. (...) Caso o contribuinte verifique, posteriormente, haver cometido algum erro na confissão do fato gerador, na sua qualificação jurídica ou na liquidação da dívida, é de direito haver a correção do erro, desde que obedecidos os respectivos prazos para tal.” (FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Efeitos da confissão no Direito Tributário”, p. 11 e 16).

⁵⁷⁷ STJ, Súmula 436, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010.

⁵⁷⁸ Cf.: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL DECLARADO E NÃO PAGO. AUTOLANCAMENTO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA COBRANÇA DO TRIBUTOS. Em se tratando de autolancamento de débito fiscal declarado e não pago, desnecessária a instauração de procedimento administrativo para a inscrição da dívida e posterior cobrança. Agravo regimental improvido. (STF, AI 144609 AgR, Relator Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 11/04/1995, DJ 01-09-1995 PP-27385).

os fatos, qualificando-os como tributáveis ou não. Assim, também, nesse aspecto irrelevante a qualificação jurídica dos fatos exercida pelo sujeito passivo, eis que ao mesmo somente demonstra-se cabível a descrição fática.⁵⁷⁹

No que diz respeito à renúncia do direito à jurisdição aplica-se o mesmo raciocínio. Ainda que, diferentemente da confissão, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação se localiza no âmbito das relações jurídicas, fulminando o próprio direito controvertido.

Por conta disso, o artigo 269, inciso V, do CPC⁵⁸⁰, impõe como consequência que a sentença homologatória da manifestação de renúncia apresentada pela parte seja de extinção com julgamento de mérito⁵⁸¹, fazendo, inclusive, coisa julgada material.⁵⁸²

⁵⁷⁹ “Assim, com relação aos fatos tributários, a manifestação de vontade do contribuinte também é irrelevante: a Constituição contém normas que reservam ao Poder Judiciário a competência para qualificar juridicamente fatos; e o Código Tributário Nacional possui uma regra que atribui à autoridade tributária o dever de qualificar juridicamente os fatos, sem prejuízo de uma manifestação posterior do próprio Poder Judiciário. Diante desse quadro normativo, a confissão do contribuinte relativamente à qualificação jurídica de fatos é totalmente ineficaz, pois tal qualificação definitiva somente pode ser feita pela autoridade tributária e pelo próprio Poder Judiciário. O contribuinte, noutro dizer, só pode emitir enunciados descritivos de fatos, nunca qualificativos de fatos. Ao contribuinte só cabe emitir enunciados descritivos sobre a verdade ou falsidade de fatos, que, mesmo assim, precisam de provas para demonstrar sua ocorrência. A ele não compete emitir enunciados normativos sobre a validade ou invalidade de normas.” (ÁVILA, Humberto. “Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais.” In: ROCHA, Valdir de Oliveira. [Coord.]. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008, vol. 12. pp. 257-269).

⁵⁸⁰ CPC, Art. 269: “Haverá resolução de mérito: (...) V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.”

⁵⁸¹ Cf.: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ADESÃO AO PAES. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO EXPRESSO DE RENÚNCIA. ART. 269, V, DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A Lei 10.684/2003, no seu art. 4º II, tem como destinatários os autores das ações que versam os créditos submetidos ao PAES, estabelecendo a expressa desistência da ação judicial, como condição à inclusão da pessoa jurídica no referido programa, é dizer, o contribuinte que adere ao parcelamento de dívida perante à esfera administrativa, não pode continuar discutindo em juízo parcelas do débito. 2. A existência de pedido expresso de renúncia do direito discutido nos autos, é *conditio iuris* para a extinção do processo com julgamento do mérito por provocação do próprio autor, residindo o ato em sua esfera de disponibilidade e interesse, não se podendo admiti-la tácita ou presumidamente, nos termos do art. 269, V, do CPC. (Precedentes: AgRg no Ag 458817/RS, DJ 04.05.2006; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 681110/RJ, DJ 18.04.2006; REsp 645456/RS, DJ 14.11.2005; REsp 625387/SC; DJ 03.10.2005; REsp 639526/RS, DJ de 03/08/2004, REsp 576357/RS; DJ de 18/08/2003; REsp 440289/PR, DJ de 06/10/2003, REsp 717429/SC, DJ 13.06.2005; EREsp 611135/SC, DJ 06.06.2005). 3. Deveras, ausente a manifestação expressa da pessoa jurídica interessada em aderir ao PAES quanto à confissão da dívida e à desistência da ação com renúncia ao direito, é

No entanto, seja na hipótese de confissão dos fatos, seja por ocasião da renúncia ao direito à jurisdição, não cabe ao sujeito passivo impor-se uma auto-restrição ou autorregulação de seus direitos fundamentais, dentre eles a universalidade de acesso à jurisdição.

De modo que, à guisa de conclusão do presente tópico, com amparo no direito à jurisdição, enquanto garantia fundamental extraída da CF88, mesmo naquelas

incabível a extinção do processo com julgamento de mérito, porquanto "o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial." Precedentes: (REsp 963.420/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 25/11/2008; AgRg no REsp 878.140/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 18/06/2008; REsp 720.888/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 06/11/2008; REsp 1042129/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 16/06/2008; REsp 1037486/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 24/04/2008). 4. "A resposta à questão de a extinção da ação de embargos dar-se com (art. 269, V, do CPC) ou sem (art. 267 do CPC) julgamento do mérito há de ser buscada nos próprios autos do processo extinto, e não na legislação que rege a homologação do pedido de inclusão no Programa, na esfera administrativa." (REsp 1086990/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/08/2009) 5. *In casu*, restou assentado na sentença (fls. 60), que a ora recorrente requereu a sua adesão ao PAES, confessando a existência da dívida tributária, nos moldes da Lei 10.684/03, mas não houve menção à existência de requerimento expresso de renúncia. Entrementes, a Fazenda Pública manifestou-se no feito às fls. 58, concordando com os pedidos da recorrente - salvo a questão relativa aos honorários advocatícios - e pleiteando a extinção do feito com julgamento de mérito, o que ressalta a procedência do pedido da ora recorrente. Traslada-se excerto da decisão singular, in verbis: "A Fazenda Pública Federal, devidamente qualificada nos autos, ajuizou ação de execução fiscal contra Distribuidora de Legumes Soares Ltda., também qualificada, alegando, em síntese, ser credora da executada, conforme CDA que instruiu a peça inicial. Citada, foram penhorados os bens e avaliados bens. Assim sendo, a exequente ofereceu os presentes embargos à execução em face da exequente. A exequente manifestou-se às fls. 53/55, tendo afirmado que a executada havia aderido aos benefícios do parcelamento previsto na Lei Federal nº 10.522/02, juntando aos autos os documentos de fls. 56, que comprovam tal alegação. Pleiteou, ao final, a extinção do feito, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso V, do CPC e a condenação da executada na verba sucumbencial." 6. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (STJ, REsp 1124420/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

⁵⁸² Humberto Theodoro Júnior assim leciona a respeito: "Ao contrário do que se passa com a desistência da ação, a renúncia ao direito subjetivo material pode ser manifestada pelo autor até mesmo em grau de recurso, desde que ainda não esteja encerrado o processo por meio da coisa julgada. Aqui não há revogação pela parte da eficácia de uma composição da lide operada em juízo, mas sim o autodespojamento voluntário de direito subjetivo disponível da parte, o que é viável em qualquer época, com ou sem processo. Mas, essa renúncia, que vai além da simples extinção do processo, importará sempre solução de mérito, de sorte que sua homologação, em qualquer instância, fará coisa julgada material, para todos os efeitos." (*Curso de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 323).

situações em que o sujeito passivo confessou o crédito tributário inadimplido ou, por ocasião de transação materializada por meio de parcelamento desse mesmo crédito, renunciou também ao direito postulado por conta do pedido de desistência da ação, nas palavras de Hugo de Brito Machado, “poderá ele reconsiderar essa posição e ingressar em juízo pedindo proteção para direitos seus.”⁵⁸³

Apresentadas as explicações necessárias quanto às previsões normativas de confissão e renúncia do crédito tributário objeto de parcelamento, em linhas gerais, as mesmas são encontradas em praticamente todas as leis disciplinadoras de procedimentos relacionados à transação em matéria tributária, em suas distintas espécies, seguindo, conforme abaixo, considerações de ordem específica para cada uma das legislações tributárias.

4.3 A transação tributária no âmbito federal

4.3.1 Aspectos relevantes dos programas de recuperação fiscal federais

Na experiência legislativa pátria devem ser destacados três distintos programas de recuperação tributária que representaram e, ainda representam, parcelamentos especiais com características de transação.

O primeiro deles, denominado Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, que consistiu em regime opcional de parcelamento de débitos tributários proposto às pessoas jurídicas com débitos dessa natureza tributária, instituído pela Lei n.º 9.964, de 10 de abril de 2000.⁵⁸⁴

O mesmo foi criado com o objetivo de promover a regularização de créditos da União Federal, (i) decorrentes de débitos de pessoas jurídicas; (ii) relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; (iii) constituídos ou não por meio lançamento; (iv) inscritos ou não em Dívida

⁵⁸³ MACHADO, Hugo de Brito. “Confissão e transação no Direito Tributário”, p. 36.

⁵⁸⁴ BRASIL. Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS e dá outras providências, e altera as Leis 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 abr. 2000.

Ativa federal, inclusive aqueles que ainda não tivessem sido ajuizados por meio de processo executivo fiscal; desde que observado o limite temporal do vencimento dos mesmos até a data limite de 29 de fevereiro de 2000.

O valor do crédito tributário parcelado, a partir de sua consolidação definitiva teve, nessa oportunidade, seu pagamento autorizado em parcelas mensais e sucessivas, vencíveis no último dia útil de cada mês, sendo o valor de cada parcela determinado em função de percentual da receita bruta do sujeito passivo optante, no mês imediatamente anterior.

Referida consolidação abrangeu todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos à multa, de mora ou de ofício, e a juros moratórios, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores. As parcelas assumidas receberam previsão de atualização mensal de juros apurados com base no índice da TJLP, representando índice mais benéfico de atualização que aquele utilizado ordinariamente para a atualização monetária de débitos tributários federais (taxa SELIC).

A administração desse Programa foi atribuída ao seu denominado Comitê Gestor, com competência para o gerenciamento e implementação dos procedimentos necessários à sua execução. Referido Comitê, à época, foi presidido pelo titular da SRFB e composto pelos titulares da PGFN e do INSS. Toda e qualquer decisão relacionada ao Programa era de competência privativa do mesmo, inclusive no que diz respeito ao processamento de informações, fiscalização das adesões, assim como, caso verificadas irregularidades, pelas exclusões dos sujeitos passivos inadimplentes ou irregularmente aderidos.

A opção ao REFIS ou parcelamento a ele alternativo teve seu limite temporal fixado em 28 de abril de 2000, tendo, como condição legal, a exclusão de qualquer outra forma de parcelamento de débitos relativos a tributos de competência da SRF ou do INSS, inclusive aqueles com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000.

Esse Programa especial não igualmente não contemplou dentre os passivos tributários parceláveis aqueles: (i) de titularidade dos órgãos integrantes da Administração Pública federal direta, bem como as fundações instituídas e mantidas

pelo Poder Público e suas autarquias; (ii) os relativos ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR; (iii) também aqueles de titularidade das pessoas jurídicas cindidas a partir de 1º de outubro de 1999; (iv) relativos a impostos de competência estadual ou municipal incluídos, mediante Convênio no regime tributário do Simples Nacional; assim como (v) aqueles débitos das pessoas jurídicas cujas atividades estivessem relacionadas ao setores de bancário, sociedades de crédito, financiamento e investimento, corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de créditos, empresas de seguros privados, além das entidades de previdência privada aberta.

Anote-se que homologação da opção por esse específico REFIS ficou condicionada à prestação de garantias ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, pelo total do valor do crédito tributário parcelado.

O débito consolidado foi informado, pelo Comitê Gestor, à pessoa jurídica optante, no último dia útil do mês de abril de 2001, com a discriminação das espécies dos tributos e contribuições, bem assim dos respectivos acréscimos e períodos de apuração.

Um avanço considerável foi a previsão de compensação de créditos, próprios ou de terceiros, com o débito consolidado no âmbito do Programa REFIS.

Todas as pessoas jurídicas foram elencadas como possíveis optantes pelo Programa, exceto (i) os órgãos da administração pública direta, das fundações instituídas e mantidas pelo poder público e das autarquias; (ii) as pessoas jurídicas do setor financeiro.

Destacam-se as condições de opção que vigoraram em relação ao mencionado Programa. A primeira delas corresponde à inclusão de todos os débitos da pessoa jurídica no REFIS, inclusive os ainda não declarados ou confessados à SRF ou ao INSS, se houver. A regra afigura-se juridicamente insustentável, na medida em que pretende fazer presumir como incluídos débitos que sequer estão formalizados, nem mesmo por declaração espontânea nem tampouco em face de confissão praticada pelo sujeito passivo.

O retrocesso desse primeiro Programa extrai-se da regra de incontestável inconstitucionalidade autorizando, no ato da opção, o acesso irrestrito pela Administração Tributária às informações relativas à movimentação financeira do sujeito passivo optante, inclusive durante o período em que este se encontre submetido ao REFIS. Evidente que além de injustificada, a adoção de regras juridicamente nulas como esta resultam em flagrante ofensa ao sigilo bancário e fiscal do sujeito passivo.

Saliente-se, ainda em relação a este primeiro Programa, que o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, restaram devidamente observados pela legislação tributária de regência uma vez que o sujeito passivo optante pelo mesmo que, inconformado com a sua exclusão, teve garantida a faculdade apresentar manifestação de inconformidade, a partir da qual se tem a formalização do respectivo procedimento administrativo fiscal e consequente instalação do contencioso na esfera administrativa da RFB.

Por sua vez, o denominado PAES, segundo Programa dessa natureza e que foi instituído pela Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003⁵⁸⁵ configura igualmente típica modalidade de transação, consubstanciada em parcelamento especial de passivos tributários existentes perante a SRFB, a PGFN e ao INSS. Nos moldes do anterior, esse parcelamento especial também se utilizou da técnica da consolidação de débitos informados pelos sujeitos passivos, com reflexos no sigilo tributário e fiscal, além de configurar confissão em relação às informações prestadas.

Autorizou-se o sujeito passivo a pagar os créditos tributários nele consolidados em até cento e oitenta prestações, correspondentes a um cento e oitenta avos dos débitos aderidos, mediante atualização, da mesma forma, correspondentes à variação mensal da TJLP, com desconto no valor das penalidades pecuniárias.

Válido relembrar, a título de sanções administrativas, as vedações e consequências decorrentes da exclusão dos aderidos desse Programa, quais sejam:

(i) o impedimento do sujeito passivo optante de se beneficiar de qualquer outra

⁵⁸⁵ BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003.

modalidade de parcelamento de tributos federais, mantendo-se, assim, adimplente perante a Administração Pública federal; (ii) a exigibilidade e execução imediata da totalidade do crédito tributário confessado, caso não devidamente quitado de acordo com as parcelas avençadas, contemplada, nesse caso, também a execução automática da garantia ou dos bens arrolados; além, ainda, (iv) do restabelecimento, em relação ao saldo não pago, dos acréscimos legais aplicáveis à época dos respectivos fatos geradores originários.

Em seguida, a Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006⁵⁸⁶ instituiu, sob a sigla PAEX, dois tipos de parcelamentos especiais de débitos junto à RFB, PGFN e INSS: (i) o primeiro, que guarda alguma semelhança com o anterior PAES, por contemplar redução do valor das penalidades incidentes e incidência TJLP sobre as prestações futuras, em cento e trinta prestações, alcançando os débitos vencidos até 28 de fevereiro de 2003; e (ii) o segundo, na modalidade do parcelamento ordinário, sem redução de penalidades e acréscimos a título de juros, mas com prazo dilatado de cento e vinte ao invés das tradicionais sessenta prestações, podendo abranger os débitos vencidos e não quitados entre 1º de março de 2003 e 21 de dezembro de 2005.

No bojo das regras desse parcelamento foi instituída em favor dos sujeitos passivos anistia e remissão parcial para a liquidação dos débitos, ao se conceder a redução de oitenta por cento do valor das multas de mora e de ofício (regulamentar), e de trinta por cento sobre o valor dos juros acumulados para o pagamento à vista ou em seis parcelas mensais e sucessivas, atualizáveis pela SELIC até o mês do efetivo pagamento.

Além disso, inovou-se no PAEX ao permitir a permanência do sujeito passivo nos parcelamentos ordinários anteriormente concedidos, inclusive nos referidos REFIS e no PAES.

Os favores fiscais contemplados na Medida Provisória em análise correspondem efetivamente a transações tributárias por meio de parcelamentos

⁵⁸⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006. Dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social nas condições que especifica e altera a legislação tributária federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jun. 2006.

especiais, com notáveis concessões por parte da Administração Tributária em reciprocidade à recuperação, mediante pagamento à vista ou parcelado, dos valores vinculados aos tributos inadimplidos e respectivos períodos estabelecidos pela lei específica.

Mais recentemente, como terceiro Programa Especial, apelidado como “REFIS da crise” por conta das deteriorações do quadro econômico mundial à época de sua instituição – demonstrando nítido caráter extrafiscal, instituiu-se, por meio da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009⁵⁸⁷, a possibilidade de parcelamento ou de pagamento à vista nas formas e condições nela previstas. Importante destacar que esta lei específica foi inicialmente regulamentada pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009.⁵⁸⁸

Dentre as condições que foram contempladas nesse Programa, atualmente em curso, os débitos tributários de qualquer natureza junto à PGFN ou à SRFB, vencidos até 30 de novembro de 2008, tiveram autorizado o seu pagamento ou parcelamento em até cento e oitenta meses, no âmbito de cada um dos referidos órgãos.

Também foi autorizada a inclusão dos saldos remanescentes de débitos tributários federais vencidos até 30 de novembro de 2008, provenientes da consolidação no REFIS, PAES, PAEX e, da mesma forma, nos parcelamentos ordinários concedidos até a data limite de 27 de maio de 2009.

⁵⁸⁷ BRASIL. Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mai. 2009.

⁵⁸⁸ BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Receita Federal do Brasil. *Portaria Conjunta nº 6/2009*. Dispõe sobre pagamento e parcelamento de débitos junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e à Secretaria da Receita Federal do Brasil, de que tratam os arts. 1º a 13 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e estabelece normas complementares à Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 10 de março de 2009, que dispõe sobre o parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional, de que tratam os arts. 1º a 13 da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 2009.

Por meio de solicitação expressa e irretratável, optante teve a possibilidade de liquidar valores correspondentes às multas, de mora ou de ofício, e a juros moratórios, inclusive relativos a débitos inscritos em Dívida Ativa da União – DAU, com utilização de créditos próprios e decorrentes de prejuízos fiscais acumulados e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Mas há um aspecto que merece apreciação específica em relação ao *Programa* instituído por essa Lei nº 11.941/2009, pois, sua aplicação, na prática, está demonstrando como situações relacionadas à transação tributária podem sofrer restrições em face da insegurança jurídica decorrente da interpretação e aplicação das respectivas regras, em especial se considerada a regulamentação por meio de Portarias Conjuntas.

4.3.1.1 A casuística dos pagamentos acordados por meio de depósitos

A situação de insegurança jurídica na transação da Lei nº 11.941/2009, gerou-se a partir da pretensão dos sujeitos passivos tributários de se utilizarem do valor depositado em contas judiciais para fins de pagamento dos respectivos débitos confessados.

Trata-se, mais especificamente, do pagamento dos débitos confessados de acordo com a regra prescrita pelo artigo 10, da Lei nº 11.941/09, dispondo que: “*Os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos desta Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento à vista ou parcelamento.*”

A Lei autoriza expressamente a utilização de depósitos vinculados aos débitos para pagamento à vista da dívida tributária incluída no respectivo Programa.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Lei nº 11.941/2009, art. 1º, §3º, I: “Observado o disposto no art. 3º desta Lei os requisitos e as condições estabelecidos em ato conjunto do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal do Brasil, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de publicação desta Lei, os débitos que não foram objeto de parcelamentos anteriores a que se refere este artigo poderão ser pagos ou parcelados da seguinte forma: I – pagos à vista, com redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício, de 40% (quarenta por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal”.

Contudo, o artigo 32, §6º da Portaria Conjunta nº 10/2009 assim limitou o alcance da prescrição legal acima: *“No caso dos débitos a serem pagos ou parcelados estarem vinculados a depósito administrativo ou judicial, a conversão em renda ou transformação em pagamento definitivo observará o disposto neste artigo. (...) §14º Nos casos em que houver decisão definitiva na esfera administrativa ou decisão judicial transitada em julgado, sem que tenha sido requerida a desistência anteriormente à referida decisão, não são aplicáveis as reduções previstas para as hipóteses de pagamento à vista ou de parcelamento, nem a possibilidade de utilização de créditos na forma do art. 27, aos depósitos vinculados à ação judicial, à impugnação ou ao recurso administrativo.”*

Há evidente ilegalidade no artigo 32 da Portaria Conjunta nº 10/2009, pois restringiu, via norma de inferior hierarquia, o direito disposto no artigo 10 da Lei nº 11.941/2009.

A referida Portaria condiciona o pagamento do débito discutido na ação principal à inexistência de trânsito em julgado da referida ação, sem amparo legal para tanto.

O legislador ordinário, ao conceder a ampla gama de benefícios aos contribuintes em dívida com o Erário Nacional no bojo da Lei nº 11.941/2009, artigo 1º, §3º, inciso I, não fez qualquer ressalva ou restrição no que tange às reduções aplicáveis para o caso de pagamento à vista ou parcelamento dos débitos, autorizando a conversão em renda dos depósitos judiciais somente após as referidas reduções.

O sujeito passivo, assim, não pode ser impedido de pagar os débitos em conformidade com a Lei nº 11.941/09 porque sua ação já transitou em julgado. Deve ser considerados e protegidos os valores depositados e que, mesmo a respectiva ação judicial tido seu trânsito em julgado, ainda não foram convertidos em renda da União Federal, motivo pelo qual devem ser aproveitados para o pagamento com descontos, desde que efetuado de uma só vez.

No caso, muito embora existente o trânsito em julgado do processo, aplica-se em matéria tributária o princípio do *tempus regit actum*. Vale dizer, naquelas hipóteses em que os valores referentes ao depósito judicial de titularidade do sujeito

passivo ainda não foram convertidos em renda, deve ser aplicada a norma mais benéfica atualmente em vigor.

Ainda, também presente a contrariedade ao princípio da isonomia, quando se verifica a existência de um tratamento diferenciado e privilegiado ao devedor que não discutiu o tributo e permaneceu em débito para com o Fisco em relação àquele devedor que efetuou depósitos judiciais buscando discutir o débito, sacrificando seu patrimônio particular como se estivesse efetuando o pagamento do tributo propriamente dito, com a única diferença de que, ao invés de pagar diretamente ao “caixa” do Tesouro Nacional, o faz em conta judicial vinculada ao processo judicial.

Impedir, por meio de juridicamente rasa Portaria Conjunta, o sujeito passivo diligente, que tenha efetuado depósitos judiciais antes do prazo de vencimento do tributo, durante o extensivo período de tramitação do processo judicial, nos termos da Lei nº 11.941/09 e, ao mesmo tempo, permitir que o contribuinte que não tenha efetuado qualquer depósito judicial pague o débito com as reduções previstas na mesma lei certamente ofende o princípio da isonomia.

Não há que se fazer diferenciação em função da existência de depósitos em ação que transitou em julgado, até porque a lei não o fez.

Inequívoca a conclusão, com base nos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, pela qual impõe-se permitir ao sujeito passivo optante pelo Programa a realizar consolidação dos valores com as reduções previstas no artigo 1º, §3º, inciso I, da Lei nº 11.941/09, no que se refere aos depósitos que abrangeram valores referentes à multa, aos juros moratórios e ao encargo legal, bem como sobre os valores decorrentes da incidência da SELIC na conta vinculada ao processo judicial.

Diante dessa insegurança jurídica exposta, plenamente aplicável o ensinamento de Heleno Taveira Torres, quando diz que no “caso da transação, cujo acordo é sempre um ato bilateral, de coincidência de vontades, mesmo quando se trata de procedimento de *transação por adesão*, que tem por finalidade pôr fim aos litígios enfrentados pelos transatores, a boa-fé objetiva é manifesta.”⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ TORRES, Heleno Taveira. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária”, p. 317.

O desiderato legal de se fazer mútuas concessões com depósitos judiciais, mediante descontos, terminou, por ato arbitrário do Poder Executivo, em ofensa à legalidade e isonomia, gerando uma nova gama de processos judiciais para preservação desse direito.⁵⁹¹

A questão pende, pelo menos até o presente momento, de definição perante o STJ, que já se manifestou sobre a matéria⁵⁹² e alcançou duas conclusões distintas.

⁵⁹¹ Veja-se, nesse sentido: "INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. "REFIS DA CRISE". DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONVERSÃO EM RENDA APÓS A APLICAÇÃO DAS REDUÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 3º, INCISO I, DA LEI Nº 11.941/2009. LEVANTAMENTO CONDICIONADO AO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. A conversão em renda dos depósitos judiciais, mesmo com o trânsito em julgado do processo de conhecimento, deve se proceder após a consolidação dos valores com as reduções previstas no artigo 1º, parágrafo 3º, inciso I, da Lei nº 11.941/2009, ficando o levantamento do respectivo saldo remanescente condicionado ao trânsito em julgado do recurso em que debatida esta questão." (TRF4, Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2009.04.00.042019-3, 1.ª Seção, Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 15/07/2010).

⁵⁹² Cf.: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PARCELAMENTO OU PAGAMENTO À VISTA COM REMISSÃO E ANISTIA INSTITUÍDOS PELA LEI N. 11.941/2009. APROVEITAMENTO DO BENEFÍCIO MEDIANTE A TRANSFORMAÇÃO EM PAGAMENTO DEFINITIVO (CONVERSÃO EM RENDA) DE DEPÓSITO JUDICIAL VINCULADO A AÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE OS JUROS QUE REMUNERAM O DEPÓSITO JUDICIAL E OS JUROS DE MORA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE NÃO FORAM OBJETO DE REMISSÃO. 1. A alegação de violação ao art. 535, do CPC, desenvolvida sobre fundamentação genérica chama a aplicação da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 2. A possibilidade de aplicação da remissão/anistia instituída pelo art. 1º, §3º, da Lei n. 11.941/2009, aos créditos tributários objeto de ação judicial já transitada em julgado foi decidida pela instância de origem também à luz do princípio da isonomia, não tendo sido interposto recurso extraordinário, razão pela qual o recurso especial não merece conhecimento quanto ao ponto em razão da Súmula n. 126/STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário". 3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, §3º, II, da Lei n. 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Se tem vida, pode ser objeto de remissão e/ou anistia neste íterim (entre o trânsito em julgado e a ordem para transformação em pagamento definitivo, antiga conversão em renda) quando a lei não exclui expressamente tal situação do seu âmbito de incidência. Superado, portanto, o entendimento veiculado no item "6" da ementa do REsp. nº 1.240.295 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.4.2011. 4. O §14, do art. 32, da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/2009, somente tem aplicação para os casos em que era possível requerer a desistência da ação. Se houve trânsito em julgado confirmando o crédito tributário antes da entrada em vigor da referida exigência (em 9.11.2009, com a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 10/2009), não há que se falar em requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício. 5. A remissão de juros de mora inseridos dentro da composição do crédito tributário não enseja o resgate de juros remuneratórios incidentes sobre o depósito judicial feito para suspender a exigibilidade desse mesmo crédito tributário. O pleito não encontra guarida no art. 10, parágrafo único, da Lei n. 11.941/2009. Em outras palavras: "Os eventuais juros compensatórios derivados de supostas aplicações do

Com relação à discussão envolvendo a possibilidade de aplicação do favor legal naquelas hipóteses em que os depósitos judiciais se encontram vinculados a ações já transitadas em julgado, mas ainda não convertidos em renda da União Federal: “Contudo, em virtude do princípio constitucional da isonomia, nem por isso aqueles contribuintes cujas ações transitaram em julgado podem ser excluídos, mormente tendo em vista que as referidas normas devem ser interpretadas no sentido de serem aplicáveis nas hipóteses em que preenchido seu pressuposto lógico, ou seja, a pendência de lide em lide em curso.”

Conclui, referido voto condutor que: “Raciocínio diverso autorizaria, em um emprego do *reductio ad absurdum*, que aqueles contribuintes que jamais entraram com qualquer ação judicial para discutir seus débitos não poderiam ingressar no programa de parcelamento, pela razão de não haver ação na qual poderiam manifestar sua desistência.”

Como se pode observar do trecho do voto condutor de referido julgado, a Primeira Seção do STJ entendeu por preservar o princípio da isonomia, assim como a boa-fé objetiva do sujeito passivo que se compromete a efetuar os depósitos judiciais antes dos respectivos prazos de vencimento.

No entanto, restou mantida a contrariedade ao corolário da legalidade, na medida em que aquela Corte Especial interpretou a lei sob o entendimento de que “as reduções cabíveis não alcançam o crédito tributário em questão, pois o depósito judicial foi efetuado antes do vencimento, não havendo rubricas de multa, juros de mora e encargo legal a serem remetidas”.

De modo que, em atenção não só à ofensa ao princípio da legalidade, mas também aos princípios legitimadores da confiança legítima e da boa-fé objetiva entre

dinheiro depositado a título de depósito na forma do inciso II do artigo 151 do CTN não pertencem aos contribuintes-depositantes.” (REsp. n.º 392.879 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.8.2002). 6. No caso concreto, muito embora o processo tenha transitado em julgado em 12.12.2008 (portanto desnecessário o requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício) e a opção pelo benefício tenha antecedido a ordem judicial para a transformação do depósito em pagamento definitivo (antiga conversão em renda), as reduções cabíveis não alcançam o crédito tributário em questão, pois o depósito judicial foi efetuado antes do vencimento, não havendo rubricas de multa, juros de mora e encargo legal a serem remetidas. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.” (STJ, REsp 1251513/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2011, DJe 17/08/2011).

os sujeitos da relação jurídica tributária, espera-se que, na hipótese de ser mantida perante o STJ a interpretação acima referida, o STF preserve o disposto na lei específica da transação tributária em referência, mediante pagamento à vista e a utilização de depósitos judiciais com as reduções previstas no artigo 1º, §3º, inciso I, da Lei nº 11.941/09.

4.4 A transação tributária na legislação dos Estados e Distrito Federal

Assim como verificado no âmbito dos tributos federais, a experiência legislativa brasileira também vem demonstrada no exercício da competência dos Estados e do Distrito Federal. Inúmeros são os exemplos a serem considerados, assim como o regime jurídico deles derivado, conforme se passa em seguida demonstrar e analisar.

O Estado da Bahia promulgou em 10 de junho de 2011, a Lei Estadual nº 12.218⁵⁹³, instituindo e fixando requisitos para a transação de créditos tributários exclusivamente em âmbito judicial.

Autorizou-se por meio dessa Lei a realização de transação em processo judicial unicamente envolvendo discussões a respeito do ICMS, com o objetivo de para pôr fim aos litígios e extinguir os respectivos créditos tributários desse Imposto. Encontra-se expressamente fixado limite de natureza temporal, eis que a transação somente poderá ser feita com créditos tributários ajuizados até 31 de dezembro de 2009.

Há, também, condição de que o procedimento de transação, ainda que facultativo, seja iniciado pelo sujeito passivo interessado, ou seja, jamais poderá ser iniciada transação de ofício pela Administração Tributária estadual. Em seu pedido de transação, o sujeito passivo tem o dever de prestar todas as informações que lhe forem solicitadas, com franca veracidade, lealdade, boa-fé, imbuído do espírito de colaboração e transparência, para esclarecimento dos fatos e solução efetiva do litígio objeto.

⁵⁹³ ESTADO DA BAHIA. *Lei nº 12.218/2011*. Dispõe sobre a transação de créditos tributários em âmbito judicial. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Salvador, BA, 10 jun. 2011.

Essa mesma legislação tributária exige que a transação seja instrumentalizada (i) por intermédio de audiência de conciliação determinada pelo Poder Judiciário, ou, também, (ii) mediante petição conjunta, instruída com o termo de acordo e todos os documentos necessários à finalidade colimada, sujeitando-se, assim, à homologação judicial para que seja eficaz.

São fixados requisitos para o termo de transação. Sua apresentação deve ser obrigatoriamente por escrito, mediante qualificação das partes. Semelhante à estrutura de uma sentença judicial, deve o termo também conter relatório com resumo do litígio, assim como a descrição do procedimento adotado e as questões de fato, bem como motivações e decisão. Nos fundamentos da decisão, devem ser mencionadas as concessões recíprocas e também as condições para cumprimento do acordo, de acordo com os limites legais. A obrigação de pagamento, assumida na transação pelo sujeito passivo, poderá ser quitada à vista ou de maneira parcelada, com reduções de penalidades e acréscimos legais.

Um retrocesso que se verifica na legislação baiana diz respeito à manutenção, contra o sujeito passivo, das despesas processuais que correrão por sua conta e que, também, deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios devidos no processo judicial onde realizada a respectiva transação.

No entanto, válido desde logo registrar, que não se afigura lógico transacionar quanto ao valor do crédito tributário e suas condições de pagamento, pressupondo o prévio pagamento de honorários em favor do Estado.

Do ponto de vista lógico, os honorários advocatícios e custas processuais deveriam ser dispensados, minimamente, na mesma proporção que o próprio crédito tributário transacionado, senão, pelo menos no que refere aos honorários, renunciados por completo. Ou, senão, divididos proporcionalmente ao mesmo número de parcelas de pagamento do tributo assumidas pelo sujeito passivo enquanto parte relacionada na transação judicial.

Na hipótese de descumprimento das obrigações relativas ao termo de transação homologado em juízo, haverá o prosseguimento do processo de execução fiscal, caso já ajuizado, pela totalidade do crédito tributário, abatidos os valores anteriormente recolhidos na forma pactuada.

Demonstra-se, assim, que a execução fiscal e os embargos a ela vinculados, por ocasião da celebração da transação judicial, ficam somente suspensos, não sendo, portanto, extintos. Os processos judiciais relacionados aos débitos de ICMS na Bahia devem ficar, portanto, suspensos até o adimplemento definitivo das obrigações e deveres assumidos pelo sujeito passivo na transação celebrada.

Registre-se, no entanto, que a legislação em comento é omissa quanto aos processos judiciais em que no polo ativo da relação processual encontra-se o contribuinte. Nesse caso, aplica-se a regra da homologação do termo de transação nos respectivos autos do processo judicial, suspendendo-o até ulterior pagamento definitivo das obrigações acordadas. A problemática surge na hipótese do sujeito passivo deixar de cumprir o disposto no termo de transação, situação esta na qual o Poder Público estadual deverá promover a execução do referido termo, eis que o mesmo dispõe de natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

Cumprir ainda mencionar acerca da transação prevista na legislação baiana que, além de alcançada em cada caso concreto, assumindo a regra da excepcionalidade, não é gerado direito subjetivo em favor das partes relacionadas, somente declara-se a extinção do crédito tributário com o cumprimento integral de seu termo e as obrigações nele contidas. Ou seja, não se reconhecem direitos, tão somente declarando extinta a controvérsia, mediante cumprimento das obrigações e direitos reciprocamente reconhecidos na transação, respeitados os pressupostos e condições previstos na legislação de regência.

No Estado do Ceará, por meio da Lei Estadual nº 14.505, de 18 de novembro de 2009⁵⁹⁴, instituiu-se remissão, anistia e transação de créditos tributários do ICMS, IPVA e, também, do ITCD. A previsão legal cearense também contempla unicamente a hipótese de transação judicial, determinando que os débitos de natureza tributária para com a Fazenda Estadual daquele Estado, inscritos em dívida

⁵⁹⁴ ESTADO DO CEARÁ. *Lei nº 14.505/2009*. Dispõe sobre a remissão, a anistia e a transação de créditos tributários relacionados com o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre as prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, com o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e com o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações – ITCD, inscritos ou não em dívida ativa do Estado, na forma que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Fortaleza, CE, 19 nov. 2009.

ativa até a data da publicação da Lei, parcelados ou não, inclusive aqueles com a exigibilidade suspensa, podem ser adimplidos por meio de parcelamento dividido entre três e quarenta e cinco parcelas, a depender da opção do sujeito passivo.

O tratamento legal mais benéfico aplica-se aos débitos relacionados a fatos jurídicos tributários ocorridos no período entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2008. A concessão por parte do Poder Público daquele Estado resta evidenciada na legislação uma vez que as multas e juros receberam previsão legal de redução até o limite de cem por cento do seu valor, mantida, pois, unicamente a obrigação tributária principal. No caso das penalidades pecuniárias por descumprimento de obrigação tributária de natureza acessória e de multa autônoma, a autorização legal atingiu a redução de oitenta por cento do seu montante originário.

Em Goiás, a Lei Estadual nº 16.675, de 28 de julho de 2009⁵⁹⁵ dispõe acerca da transação e parcelamento tributários, ambos judiciais. Como diferencial em relação às demais legislações estaduais, exige-se como condição temporal da transação ou do parcelamento judicial em questão que o respectivo processo de execução fiscal já esteja ajuizado há pelo menos dois anos. A razão é óbvia, pois, dois anos revela ser um período suficiente para que o Estado possa localizar bens e promover a cobrança judicial com garantias contra o devedor solvente. Superado esse interregno temporal, sem que o processo de execução fiscal tenha avançado, afigura-se razoável a aplicação ao mesmo da alternativa de solução por meio da transação tributária.

Há, portanto, presunção legal segundo a qual no prazo inferior ao limite de dois anos, os atos processuais na execução fiscal têm possibilidade de localizar bens suficientes à penhora e consequente expropriação judicial, ou se for o caso, receber, espontaneamente a nomeação de bens em garantia por parte do sujeito passivo executado. Por decorrência disso, na Lei goiana existe determinação no sentido de que a concessão do parcelamento deva ficar condicionada à manutenção da

⁵⁹⁵ ESTADO DE GOIÁS. *Lei nº 16.675/2009*. Dispõe sobre a transação e o parcelamento tributários em âmbito judicial no Estado de Goiás. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Goiânia, GO, 4 ago. 2009.

garantia do juízo, caso esteja constituída, assim como o processo suspenso até o cumprimento da condição resolutória assumida pelo sujeito passivo.

Fica igualmente evidente que, inadimplido esse parcelamento judicial, o processo de execução fiscal retomará seu curso normal, mediante substituição da certidão de Dívida Ativa estadual por outra que contenha unicamente o valor do montante residual parcelado e não adimplido, atualizado até o momento em que retomado seu curso em Juízo pelo Poder Público estadual.

De acordo com a disciplina prevista pela Lei Estadual nº 17.082, de 9 de fevereiro de 2012⁵⁹⁶, encontra-se em curso no Estado do Paraná, a título de transação, programa de benefícios para pagamento de débitos dos tributos estaduais por meio de parcelamento, com a previsão de reduções dos valores a título de multa e juros nos casos de pagamento antecipado e à vista dos valores parcelados. Podem ser objeto de adesão os débitos tributários relacionados ao ICMS, IPVA e ITCMD, inclusive suas multas e demais acréscimos legais, considerados os fatos jurídicos tributários ocorridos até 30 de setembro de 2011.

Os débitos passíveis de inclusão no referido programa podem ser aqueles que já foram objeto de autos de infração, constituídos ou não, bem como inscritos ou não em dívida ativa do Estado do Paraná, inclusive com processo de execução fiscal já ajuizado. Criticável a imprecisão na delimitação da natureza jurídica da transação tributária paranaense, eis que a legislação menciona débitos os débitos “constituídos ou não” e, ao mesmo tempo, débitos “que já foram objeto de autos de infração”. Débitos que já foram objeto de auto de infração, ou seja, lançados de ofício pelo Administrador Tributário, somente podem ser considerados como débitos já constituídos. Excluem-se, por lógica, os débitos “não” constituídos pelo lançamento via auto de infração.

Se considerados os créditos “não” constituídos no objeto da transação tributária do Estado do Paraná, essa assume a natureza jurídica preventiva, além de meramente terminativa e aplicável aos créditos já lançados ou ajuizados. Presume-se que os créditos tributários que pelo menos não tenham sido objeto de lançamento

⁵⁹⁶ ESTADO DO PARANÁ. *Lei nº 17.082/2012*. Dispõe sobre a transação e o parcelamento tributários em âmbito judicial no Estado do Paraná. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Curitiba, PR, 9 fev. 2012.

tributário sejam excluídos do objeto da Lei, sob pena de ser questionada e eventualmente reconhecida a constitucionalidade da mesma. Nesse caso, não atendidos os requisitos da lei específica, na forma exigida pela norma geral extraída do artigo 171 do CTN, ou seja, a existência do crédito tributário constituído pelo lançamento, poderá ser invocada a contrariedade ao princípio constitucional da legalidade.

Com amparo no princípio da capacidade contributiva, eis que considerada a capacidade econômica em face dos valores assumidos em avença dessa natureza, o sujeito passivo pode, também, efetivar a quitação do débito, obtendo benefícios de redução dos valores em face da proporcionalidade e razoabilidade. No caso de quitação dos valores em parcela única os mesmos terão a redução de até noventa e cinco por cento das penalidades pecuniárias e de oitenta por cento dos juros moratórios. Para a quitação integral dos valores aderidos para pagamento em até sessenta parcelas mensais e sucessivas, a redução será de oitenta por cento das multas e, também, de sessenta por cento dos juros. No caso do pagamento dos valores objeto de adesão em até cento e vinte parcelas mensais e sucessivas, a proporção da redução será de sessenta e cinco por cento para as penalidades e cinquenta por cento para os respectivos juros. Note-se que as reduções são proporcionais à capacidade financeira e econômica do sujeito passivo de assumir, por meio de concessão recíproca, um menor número de parcelas em face de uma maior redução dos valores mediante desconto.

Também com base no princípio constitucional da capacidade contributiva a legislação estadual em referência cancelou aqueles débitos tributários relativos ao ICMS, cuja soma individualizada por sujeito passivo, atualizada até 31 de dezembro de 2010, seja igual ou inferior a dez mil reais.

Como limitação de ordem temporal, o pedido de parcelamento ou pagamento à vista deve ser formalizado até 9 de julho de 2012, mediante requerimento em modelo padrão, conforme anexo à referida legislação.

A legislação de transação tributária do Estado do Paraná inova ao estabelecer, a título de concessão em favor do sujeito passivo optante, que os créditos tributários parcelados e os honorários advocatícios decorrentes da cobrança judicial, caso a

mesma já exista, independem da apresentação de garantias, ficando mantidas tão somente as garantias já com termo de penhora formalizado em processos em curso.

Em caráter igualmente inovador, o Estado do Paraná também fixou nessa mesma legislação tributária a possibilidade de transação mediante celebração do denominado “Acordo Direto de Precatórios”. Este acordo é resultado da conciliação que tenha por objeto débitos próprios do Estado do Paraná, inclusive da Administração Pública Indireta, que originaram precatórios requisitórios.

Criou-se, para tanto, a denominada Câmara de Conciliação de Precatórios, que funcionará no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, composta por representantes da Procuradoria do Estado do Paraná, Secretaria de Estado da Fazenda, Secretaria de Estado da Administração e Previdência, sendo mencionada Câmara o órgão competente para propor o ato convocatório de conciliação e emitir parecer conclusivo acerca da transação envolvendo títulos dessa natureza.

O credor do precatório participará direta e ativamente da conciliação, sempre representado por meio de advogado, vedada a autotutela, com poderes específicos para transigir e dar quitação, estes vinculados ao processo e ao precatório objeto da conciliação. Se o ato convocatório do procedimento assim autorizar, o cessionário, o inventariante, o herdeiro e o cônjuge supérstite do credor originário do precatório poderão igualmente participar ativamente da conciliação.

As concessões autorizadas pela Lei e também aquelas que podem ser efetuadas pelos credores serão especificadas no ato do Chefe do Poder Executivo, que poderá se valer, dentre outras, das seguintes condições: (i) pagamento com deságio (desconto) em percentual fixo; (ii) pagamento de acordo com oferta de deságio maior; ou, mediante, (iii) modificação nos critérios de readequação do valor nominal da dívida.

Aquele particular credor que detiver crédito que se enquadre nos parâmetros estabelecidos pelo ato convocatório deverá apresentar requerimento de conciliação perante a Câmara de Conciliação de Precatórios, acompanhado dos documentos necessários e também por aqueles que eventualmente venham a ser exigidos pelo ato convocatório.

Preenchidos todos os requisitos intrínsecos e formais, a Câmara de Conciliação de Precatórios apresentará parecer conclusivo sobre o requerimento e encaminhará ao Procurador-Geral do Estado para a celebração do termo de acordo. Esse mesmo termo será encaminhado ao Tribunal competente, que homologará o acordo e realizará os pagamentos devidos, mediante recursos públicos destinados especificamente à conciliação e oriundos do repasse constitucional.

A celebração do acordo para pagamento resulta na quitação integral do débito conciliado e renúncia a qualquer discussão acerca dos critérios de cálculo do percentual apurado e do valor devido, vinculando ambas as partes e operando efeitos típicos da transação.

Em Pernambuco tem-se legislação tributária veiculadora de transação tributária com aspectos diferenciados em relação às demais legislações. Trata-se, especificamente, do disposto pela Lei Complementar nº 105, de 20 de dezembro de 2007⁵⁹⁷, responsável por instituir os procedimentos a serem adotados, visando à dispensa de propositura ou desistência de ações judiciais e recursos, transação, adjudicação de bens móveis e imóveis, bem como à compensação de créditos inscritos em precatório e requisições de pequeno valor.

Nos termos da legislação pernambucana, nas causas em que seja parte ou interessado o Estado de Pernambuco, suas autarquias e fundações públicas, verifica-se possível dispensar a propositura de ações e a interposição de recursos, assim como autorizar o reconhecimento da procedência do pedido e a desistência das medidas judiciais em curso de acordo com as hipóteses nela previstas.

Com efeito, e em caráter inovador, dentre essas hipóteses legais encontram-se aqueles litígios envolvendo matéria em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, e desfavorável à Fazenda Pública.

⁵⁹⁷ ESTADO DE PERNAMBUCO. *Lei Complementar nº 105/2007*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, para a dispensa de propositura ou desistência de ações judiciais e recursos, transação, adjudicação de bens móveis e imóveis, compensação de créditos inscritos em precatório e requisições de pequeno valor (RPV) e determina providências correlatas. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Recife, PE, 21 dez. 2007.

Note-se, positivamente, que não há necessidade de que o tema decidido pelo Poder Judiciário esteja desde logo sumulado, sendo suficiente a presença de “jurisprudência” sedimentada sobre a respectiva matéria.

Essa previsão é relevante na medida em que os Tribunais Superiores não costumam ser céleres na votação e construção de Súmulas jurisprudenciais, salvo raras exceções, o que muitas vezes implica em inércia processual nas Instâncias originárias e na própria esfera administrativa contenciosa, além dos custos de manutenção dos valores em cobrança por parte do Poder Público.

Também poderá ocorrer a dispensa de ajuizamento ou interposição recursal nas situações em que configurada (i) a decadência ou prescrição do crédito objeto do litígio; (ii) quando o litígio envolver valor reduzido, a ser fixado em decreto do Governador, quando na verdade a previsão deveria estar em lei formal e material; e, ainda, (iii) na hipótese de manifesta falta de interesse processual na medida a ser adotada, verificada falta de celeridade no ato de inscrição em dívida ativa e, também, no próprio ajuizamento do processo executivo.

Igualmente presentes regras específicas de transação tributária, a legislação do Estado de Pernambuco estabelece a possibilidade de que a mesma ocorra em caráter extrajudicial ou judicial, mas na primeira hipótese pressupõe-se a existência de lançamento tributário prévio, formalizando o respectivo crédito.

Fica excluída, em qualquer situação, a possibilidade de transação nas ações judiciais relativas ao patrimônio imobiliário do Estado. Já no que diz respeito às transações vinculadas a ações judiciais que versem sobre matéria tributária, não ocorrerá dispensa de tributo devido, nem tampouco de multa, juros e demais acréscimos porventura cobrados, exceto quando, conforme acima antecipado, o litígio envolver matéria em confronto com súmula ou jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores e resultar desfavorável à Fazenda Pública.

De modo bastante positivo, e na linha dos juizados especiais federais, foram instituídas no Estado de Pernambuco, por meio da legislação tributária em questão, as denominadas requisições de pequeno valor, ou RPV's, cujo pagamento não depende do rito moroso dos precatórios. Como condição básica, o valor a ser pago pelo Estado ao particular, decorrente de condenação judicial transitada em julgado,

deve ser igual ou inferior a quarenta salários mínimos, considerados os respectivos beneficiários individualmente. Nessa situação, fica vedada a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago através de RPV, bem como o fracionamento do valor da execução, para pagamento em parte por RPV e em parte mediante expedição de precatório.

De acordo com o disposto pela Lei Estadual nº 11.475, de 28 de abril de 2000⁵⁹⁸, já anteriormente referida por conta do julgamento do STF de sua imparcial inconstitucionalidade, o Estado do Rio Grande do Sul estabeleceu a possibilidade de extinção dos créditos tributários, de modo parcial ou integral, por meio da celebração de transação com os sujeitos passivos em débito, em âmbito judicial unicamente.

Naquelas situações em que o sujeito passivo promoveu ação judicial, visando à desconstituição do crédito tributário e o resultado, independentemente da etapa processual, for favorável ao Estado, a multa constante do lançamento de ofício poderá ser reduzida em trinta por cento. Nesse caso, exige-se a desistência do recurso eventualmente interposto contra a referida decisão favorável ao Poder Público estadual, acompanhada da quitação integral do respectivo crédito tributário, no prazo de trinta dias contados da data da celebração da respectiva avença.

Na hipótese dessa mesma demanda em que o sujeito passivo tributário encontra-se sucumbente, presentes depósitos judiciais a ela vinculados os mesmos poderão ser conversão em pagamento definitivo do crédito tributário, observado o desconto legal de trinta por cento da penalidade aplicada.

Outro benefício que pode ser contemplado dentre as concessões oferecidas pelo Estado do Rio Grande do Sul aos sujeitos passivos daquela unidade federativa, diz respeito à multa constante do crédito tributário inscrito como dívida ativa, podendo ser reduzida em até vinte por cento, na hipótese do respectivo devedor não vir a opor embargos à respectiva execução fiscal.

Por fim, importantíssimo registrar que a legislação gaúcha previu expressamente, ainda que fazendo referência ao regime de Direito Privado anterior,

⁵⁹⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.475/2000*. Introdz alterações na Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que dispõe sobre o procedimento tributário administrativo, na Lei nº 9.298, de 9 de setembro de 1991, que dispõe sobre a cobrança, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Porto Alegre, RS, 2 mai. 2000.

a aplicação, naquilo em que se verificar cabível, do artigo 1.025 do Código Civil de 1916, equivalente ao atual artigo 840 do NCC, conforme exaustivamente preconizado no Capítulo 1 deste trabalho de investigação científica. Confirma-se, assim, a aplicação subsidiária e a partir de suas condições gerais da transação sob a égide do Direito Privado.

Por derradeiro, mas não menos relevante, cumpre destacar a previsão normativa estipuladora de transação tributária no âmbito dos tributos de competência do Estado de Santa Catarina.

De acordo com o disposto pela Lei Estadual nº 13.334, de 28 de fevereiro de 2005⁵⁹⁹, o sujeito passivo responsável por obrigação tributária vencida até 31 de julho de 2004, originária de crédito tributário inscrito ou não em dívida ativa, objeto de litígio administrativo ou judicial, pode realizar transação com o Estado de Santa Catarina, mediante contribuição voluntária ao Fundosocial, correspondente a cinquenta por cento do valor do crédito tributário devido. Referido Fundo estadual, vale registrar, é destinado a financiar programas de inclusão e promoção social.

Para fins de opção por essa modalidade de transação, o sujeito passivo fica autorizado a escolher o pagamento mínimo de duas e máximo de dez parcelas, mensais e sucessivas, com desconto do crédito tributário devido em percentuais inversamente proporcionais ao número de parcelas escolhido. Para todos os efeitos, há previsão expressa na lei catarinense pela qual fica extinta, para fins de transação, a parcela do crédito tributário referente a fato jurídico tributário ocorrido há mais de cinco anos a contar da data em que efetuado o respectivo lançamento de ofício, evitando-se transacionar o que já se encontra, portanto, prescrito nos termos da lei.

⁵⁹⁹ ESTADO DE SANTA CATARINA. *Lei nº 13.334/2005*. Institui o FUNDOSOCIAL, destinado a financiar programas de apoio à inclusão e promoção social, na forma do art. 204 da Constituição Federal, e estabelece outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Florianópolis, SC, 28 fev. 2005.

4.5 A transação tributária no âmbito dos Municípios

Através da Lei nº 9.158, de 13 de janeiro de 2006, o Município de Belo Horizonte autorizou a transação para prevenção e terminação de litígios relativos a crédito tributário objeto de processos administrativos ou judiciais. Ou seja, nesse caso, a legislação municipal vulnera o artigo 171 do CTN, na medida em que este, na qualidade de norma geral de Direito Tributário, com status de lei complementar, não admite a transação preventiva, mas, tão somente a terminativa do respectivo crédito tributário constituído.

Com o objetivo de fomentar a extinção de créditos de natureza tributária, objeto de processos administrativos ou judiciais envolvendo aquele Município, autorizou-se a celebração, nas condições estipuladas na própria Lei, de transações para prevenção ou terminação de litígios, envolvendo questões relativas às controvérsias acerca do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, bem como a Taxa de Limpeza Pública e da Taxa de Iluminação Pública, além do próprio Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

A transação ora referida alcança os créditos já constituídos, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou não, ou objeto de litígio administrativo, podendo ser concedidas reduções do valor do principal e dos acréscimos legais incidentes, e permanecendo a redução desses consectários ainda que o contribuinte opte pela quitação do débito em parcelas ou por compensação.

Portanto, trata-se, em consonância com o CTN de transação na modalidade unicamente extintiva ou terminativa, partindo do pressuposto de que os créditos tributários já estejam formalizados, seja pelo sujeito passivo, por meio de autolançamento, seja por conta de lançamento de ofício.

O termo de transação vigente naquela Municipalidade tem como requisitos básicos e indispensáveis: (i) identificação das partes e de seus respectivos representantes legais; (ii) número do processo tributário administrativo ensejador do lançamento tributário originário; (iii) número do processo judicial; (iv) número do lançamento do crédito tributário; (v) identificação das parcelas transigidas e

respectivos valores e, eventualmente, das reduções do crédito tributário que forem concedidas; além (vi) da forma e prazo de pagamento do crédito remanescente.

Em 4 de maio de 2007 foi promulgada a Lei Municipal nº 12.920, de Campinas, dispondo acerca da extinção de créditos de natureza tributária ou não da Administração direta daquele Município, por transação.

Assim, por meio dessa regra, ficou a partir de então autorizado o Poder Executivo a celebrar transação que, mediante concessões mútuas, resguardado o interesse público, de cunho terminativo, ou seja, de encerramento do litígio judicial e, conseqüentemente, extinção de créditos tributários ou não tributários.

As hipóteses de cabimento da transação em Campinas são taxativas, ou seja: (i) a controvérsia jurídica estar sendo reiteradamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores, em sentido contrário ao Município; (ii) quando o montante do tributo tenha sido fixado por estimativa ou arbitramento; ou, ainda, (iii) se identificadas distorções no cálculo do tributo.

Seguindo a mesma tendência e por meio da Lei Complementar municipal nº 68/2008, o Município de Curitiba instituiu a transação tributária sob a modalidade judicial, exclusivamente.

Assim sendo, os créditos tributários e não tributários objeto de discussão judicial poderão ser extintos mediante transação que, por meio de concessões mútuas, importe em extinção do litígio.

Encontra-se previsto procedimento administrativo tendente à obtenção da transação, a ser instaurado através de requerimento do sujeito passivo da obrigação, direcionado ao Procurador-Geral do Município, que emitirá parecer e decidirá a respeito, em caráter definitivo e, portanto, irrecorrível. A decisão que aprecia a transação proposta tem natureza discricionária, ou seja, terá, sempre quando proferida, base em critérios de conveniência e oportunidade. Para tanto, em atenção ao princípio da eficiência administrativa, a decisão de deferimento das condições da transação depende da demonstração de que a medida atenderá à finalidade de facilitar a arrecadação, de evitar o desperdício de esforços administrativos, de minimizar ônus sucumbenciais e de reduzir situações de inseguranças e incertezas.

Concluída a fase do procedimento administrativo da transação, será formulado o respectivo termo de transação⁶⁰⁰, o qual será submetido à homologação do juízo competente.

⁶⁰⁰ Veja-se exemplo de termo de transação utilizado pelo Município de Curitiba e suas respectivas cláusulas, assumindo ao final sua natureza de negócio jurídico administrativo bilateral ao mencionar que suas condições e pressupostos encontram-se *justos e contratados*: “INSTRUMENTO PARTICULAR DE TRANSAÇÃO JUDICIAL. TRANSIGENTE CREDOR: MUNICÍPIO DE CURITIBA, pessoa jurídica de direito público interno, com sede no Palácio 29 de Março, Centro Cívico, nesta Capital, neste ato representado por seu Procurador-Geral. TRANSIGENTE DEVEDORA: (...), pessoa jurídica de direito privado, com sede na (...), nesta Capital, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º (...), neste ato representada por seu(s) Diretor(es). Pelo presente instrumento particular de Transação Judicial, em conformidade com o disposto na Lei Complementar n.º 68, de 1º de julho de 2008, que autoriza que os créditos, tanto tributários, quanto não tributários, objeto de discussão judicial sejam extintos mediante transação, bem como pelo que foi decidido no Processo Administrativo n.º (...), as partes transigentes supra citadas têm entre si, para terminar o litígio e após mútuas concessões, por justo e acertado o disposto nas cláusulas seguintes: PRIMEIRA: Nos Autos da Ação Declaratória n.º (...) da (...) Vara da Fazenda Pública de Curitiba, atualmente em fase de apelação, a DEVEDORA buscou a não incidência de ISS por se tratar de cooperativa ou, sucessivamente, requereu a exclusão da base de cálculo dos valores repassados aos cooperados. Com o ajuizamento da ação, a exigibilidade do crédito tributário restou suspensa, contudo, não ocorreram depósitos judiciais. O processo recebeu sentença de total improcedência no Primeiro Grau. Perante o Tribunal de Justiça do Paraná houve provimento parcial da apelação da Cooperativa, atualmente aguardando processamento de Recurso Especial parcial interposto pela DEVEDORA. SEGUNDA: Considerando que o Superior Tribunal de Justiça já vem reiteradamente entendendo que em casos similares ao da DEVEDORA o ISS incide apenas sobre a taxa de administração e não sobre o valor total das entradas, conforme Recurso Especial nº 875.388 – SP (citado no parecer aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria Geral do Município de Curitiba), as partes houveram por bem firmar o presente acordo, que atende a todos os termos da Lei Complementar 68/2008, fixando a base de cálculo do ISS da DEVEDORA, no período abrangido pela ação objeto da presente transação, em 17% (dezessete por cento) do seu faturamento. TERCEIRA: A DEVEDORA possui dois grupos distintos de débitos junto ao Município de Curitiba e que fazem parte do presente acordo. O primeiro deles diz respeito aos débitos, cujos valores foram objeto de lançamento pelo fisco, ou ainda, de denúncia espontânea, mas que não se encontram executados, e que perfazem um total de R\$ (...), referentes aos exercícios de 2002 a 2009, sendo este o primeiro valor a compor o presente termo de transação. Os débitos executados perfazem o total de R\$ (...), relativos aos exercícios de 1989 a 2001. Este é o segundo valor desta transação, que somado ao primeiro corresponde ao total dos débitos confessados pela DEVEDORA nos termos do presente, e que perfaz a quantia de R\$ (...). Os honorários advocatícios destinados ao Fundo Especial da Procuradoria Geral do Município, criado pela Lei 11.313 de 28 de dezembro de 2004, a serem suportados pela DEVEDORA, de acordo com a sucumbência recíproca fixada pelo Tribunal de Justiça do Paraná na Ação Declaratória n.º (...), incidentes somente sobre a parcela inscrita em dívida ativa, referentes ao período de 1989 a 2001, perfaz a quantia de R\$ (...). QUARTA: O pagamento será efetuado em vinte e quatro parcelas consecutivas, englobando todos os valores acima descritos, devendo a primeira ser paga no ato de assinatura do acordo e as demais na mesma data nos meses subseqüentes, corrigidas mensalmente pelo IPCA mais 1% (um por cento). QUINTA: O presente termo de acordo passará a ter a sua plena eficácia somente após o trânsito em julgado da homologação judicial, após a oitiva do Ministério Público do Paraná, nos Autos de Ação Declaratória n.º (...) da (...) Vara da Fazenda Pública, bem como, após a quitação da última parcela. SEXTA: Com o pagamento da última parcela acordada se dará a quitação definitiva de todos os débitos pendentes da DEVEDORA para com o Município de Curitiba, inclusive aqueles ora em discussão administrativa, e a extinção do feito judicial. SÉTIMA: Os

4.5.1 Casuística da incidência do ISS das cooperativas de saúde

A previsão expressa na legislação tributária do Município de Campinas quanto ao cabimento da transação tributária naquelas situações em que a controvérsia jurídica tenha sido reiteradamente decidida pelos Tribunais Superiores, em sentido contrário ao Município, não é aleatória ou mera coincidência.

É fato notório que os Municípios de médio e grande porte, a exemplo de Belo Horizonte, Curitiba e Campinas, vêm litigando em juízo há bastante tempo com as cooperativas de saúde médica, em controvérsia envolvendo a incidência ou não do ISS sobre as receitas decorrentes da prática dos denominados atos cooperativos.

As cooperativas sustentaram nas lides envolvendo essa questão, a tese de defesa pela qual as sociedades dessa natureza, por serem atípicas e com finalidades que lhe são essenciais, não sofrem a incidência sobre a totalidade dos ingressos e receitas auferidas no desempenho de suas atividades estatutárias, amparadas na proteção constitucional ao ato cooperativo, na forma prevista no artigo 146, inciso III, alínea c, da CF88⁶⁰¹.

As municipalidades, por seu turno, manifestaram entendimento contrário, dizendo que as cooperativas de saúde devem receber o mesmo tratamento da pessoas jurídicas comuns, que visam lucro nas suas atividades, uma vez que as mesmas (i) prestam serviços previstos nos itens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços

valores do acordo e dos honorários, constantes da cláusula terceira, foram apurados no mês de fevereiro de 2010 e deverão ser corrigidos até a data do pagamento da última parcela. Para tal fim, informa-se que será utilizado o índice do IPCA, mais 1% (um por cento) ao mês até a data da assinatura do acordo. OITAVA: Além do valor acima confessado, a DEVEDORA também obriga-se a pagar os honorários advocatícios do seu patrono judicial e pelo pagamento de todas as custas processuais oriundas da referida ação. NONA: Por fim, concluídos os trâmites legais, a Secretaria Municipal de Finanças editará Portaria disciplinando a forma dos recolhimentos futuros por parte das cooperativas odontológicas, respeitando os termos fixados na presente transação (17% do seu faturamento), passando o ISS a incidir sobre a diferença entre a receita auferida e o que é repassado para os terceiros credenciados, efetivamente prestadores dos serviços (ou seja, abatidos os valores pagos aos profissionais de saúde, hospitais e laboratórios). E por estarem justos e contratados, firmam o presente instrumento em 04 (quatro) vias de igual teor e forma.” (texto extraído do documento original).

⁶⁰¹ CF88, art. 146, III, c: “Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.”

anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003⁶⁰²; e, também, (ii) vendem planos de saúde, desenvolvendo atividade de mercancia.

Gerou-se, assim, um contencioso sobre a matéria perante as esferas dos Municípios, que autuaram massivamente as cooperativas de saúde integrantes de sistemas nacionais, confederativos e federativos, integrados por unidades singulares em cada localidade. Os autos de infração lavrados desconsideravam por completo a contabilidade das cooperativas, onde os atos cooperativos e os ingressos a estes vinculados, encontravam-se segregados e não sujeitos à incidência do ISS. Nos lançamentos de ofício efetuados, dita segregação de receitas foi desconsiderada na sua totalidade, descaracterizando a cooperativa autuada como tal.

Além da incidência do ISS, aplicaram-se penalidades regulamentares e moratórias, conjugadas com os acréscimos a título de juros moratórios.

Além da proteção constitucional, no adequado tratamento tributário aos atos cooperativos, a defesa organizada pelo sistema cooperativista invocou o entendimento de que, havendo incidência na forma pretendida pelos Municípios, a base de cálculo jamais poderia ser considerada a totalidade das receitas. Os atos cooperativos não geram receitas, mas meros ingressos.

O produto da atividade de saúde, decorrente do atendimento prestado ao usuário contratante, é repassado ao profissional cooperado, pessoa física, que presta e executa o serviço em caráter pessoal.

As receitas, por sua vez, estão relacionadas ao denominado ato-não cooperativo, pois permanecem em caráter definitivo no patrimônio da cooperativa, sem configurar a operação de repasse. Essas receitas, contabilmente, recebem a classificação como “taxa de administração”, pois ainda que não repassada, é aplicada integralmente no custeio das atividades desempenhadas pela cooperativa, em prol e no desempenho do objeto social contido no seu respectivo Estatuto Social.

A jurisprudência do STJ refletiu o extenso contencioso sobre a matéria, especialmente num País em que existem mais de cinco mil Municípios, e foi se

⁶⁰² *Lei Complementar nº 116/2003*, Lista Anexa: “4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres. 4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.”

pacificando, e assim reconhecendo expressamente que *“pelas suas características peculiares, principalmente seu papel de representante dos associados, os valores que ingressam, como os decorrentes da conversão do produto (bens ou serviços) do associado em dinheiro ou crédito nas de alienação em comum, ou os recursos dos associados a serem convertidos em bens e serviços nas de consumo (ou, neste último caso, a reconversão em moeda após o fornecimento feito ao associado), não devem ser havidos como receitas da cooperativa.”*⁶⁰³

Segundo também o STJ, nas operações decorrentes de contrato de seguro-saúde, independentemente da qualificação do sujeito como sociedade cooperativa ou sociedade empresária, o ISS não deve ser tributado com base no valor bruto entregue à empresa que intermedeia a transação, mas sim pela comissão. Ou seja, pela receita auferida pela diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros, efetivamente prestadores dos serviços.⁶⁰⁴

Prevaleceu o entendimento parcialmente favorável às partes, eis que reconhecida a incidência, mas não sobre a base de cálculo que se imaginava fosse a correta e aplicável. É dizer: nas cooperativas de saúde o ISS incide sobre a receita vinculada à prática de atos não cooperativos, sendo aqueles cujo produto (ingresso)

⁶⁰³ Cf. STJ, 1.^a Turma, AgRg no Recurso Especial n.º 823.934-MG, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23/10/07, DJU2 22/11/07.

⁶⁰⁴ Neste caso específico, relevante transcrever alguns trechos do voto do E. Ministro Teori Zavascki: “No caso concreto, sequer se apresenta a questão da diferenciação entre atos cooperativos e não-cooperativos, por não se tratar de sociedade cooperativa. Ajusta-se perfeitamente à espécie, porém, a conclusão do precedente citado no sentido da tipicidade dos serviços de venda de planos de assistência à saúde para fins de incidência do Imposto Sobre Serviços. (...) Para fixação exata do que seja serviço prestado pela embargante (Golden Cross), é necessário ter em mente – a exemplo, mutatis mutandis, do que ocorre com as sociedades cooperativas antes referidas (...) Há que distinguir, portanto, nesse montante, a parcela destinada a contraprestar as atividades realizadas pela empresa gestora do plano de saúde daquela direcionada à retribuição do atendimento médico propriamente dito. Isso porque, sendo os serviços médicos tributados pelo ISS, como é incontroverso, quando de sua efetiva prestação pelos profissionais e estabelecimentos de saúde, o recolhimento do tributo a esse título também pela Golden Cross configuraria bitributação desses serviços (...) Admitir-se o pagamento do ISS (a) pela gestora dos planos, sobre a totalidade dos valores recebidos dos titulares, e (b) pelos profissionais e estabelecimentos de saúde, quando da utilização de seus serviços, sobre a parcela daquele mesmo montante destinada a remunerá-los importaria, sem dúvida, dupla incidência do imposto sobre o preço pago por um mesmo serviço. Para evitá-la, há de se reconhecer o direito da gestora dos planos de recolher o ISS sobre as mensalidades dos planos de saúde, excluídas as quantias repassadas aos terceiros credenciados, prestadores do atendimento médico.” (STJ, 1.^a Turma, EDcl no Recurso Especial n.º 227.293-RJ, Relator para o acórdão Ministro Francisco Falcão, julgado em 9/8/05, publicado no DJU2 de 19/9/05).

não é repassado ao cooperado, em termos quantitativos, a diferença entre os valores recebidos pela cooperativa e os repasses feitos aos profissionais de saúde e estabelecimentos eventualmente utilizados na prestação do respectivo serviço.

A questão pacificou-se em definitivo justamente num caso envolvendo cooperativa de saúde autuada pelo Município de Campinas, perante o STJ.⁶⁰⁵

A partir daí, então, as cooperativas de saúde, com amparo nas previamente citadas legislações tributárias municipais, celebraram transação com os Municípios, reconhecendo a incidência do ISS sobre a receita derivadas dos atos não cooperados, e que correspondem à “taxa de administração” acima referida.

Enfim, trata-se de situação conflituosa que, ao contrário do que vem ocorrendo na esfera federal, terminou extinta por meio de transação tributária, sendo ajustada mediante concessões recíprocas, com resultados positivos e consideráveis à combalida situação fiscal dos Municípios Brasil afora.

Prevaleceu, assim, a eficiência administrativa, diante de antecipação ao resultado final de embate judicial já sedimentado nos Tribunais Superiores, realizando o princípio da Justiça Tributária e criando, com isso, um ambiente de certeza e previsibilidade, prevalecendo a segurança jurídica.

⁶⁰⁵ Cf.: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. OBSCURIDADE CONFIGURADA. ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. ATOS NÃO COOPERADOS. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. O acórdão embargado deu provimento parcial ao recurso especial tão-somente para declarar que os atos cooperativos não estão sujeitos ao ISS, bem como para reconhecer a legalidade da incidência da exação, no que tange aos atos não-cooperados, apenas sobre a taxa de administração. 3. Desta sorte, “reconhecida a exigibilidade do ISSQN, no caso de cooperativas de trabalho médico, sobre os serviços de administração de planos de saúde, procede o auto de infração relativamente aos seus itens 1.3 e 1.4 do auto de infração e imposição de multa. Aliás, a própria recorrente destaca tal circunstância, quando afirma que ‘(...) a cooperativa recebe dos contratantes dos seus planos de saúde uma taxa de administração, que não é repassada aos médicos cooperados, mas contrapartida das despesas que possui, tal não configuraria ato cooperativo, podendo ser colhido pela norma de incidência tributária’. 4. Embargos de declaração acolhidos, nos termos da explicitação acima.” (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 875388/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 29/10/2008)

Capítulo 5 – Consenso tributário no Direito Comparado

Assim como no Direito interno, o Direito Comparado igualmente contempla uma quantidade considerável de regimes jurídicos que instituem e disciplinam procedimentos consensuais em matéria tributária.

Eis alguns deles, conforme a seguir referido, com o singelo objetivo de ratificar a tendência mundialmente verificada quanto à utilização de meios consensuais na solução de conflitos de natureza tributária, uma vez que as diferenças sistêmicas são relevantes para que as mesmas sejam exaustivamente detalhadas.

Na verdade, o propósito de se fazer a referência aos distintos modelos é demonstrar que, em países em que o interesse público tem uma noção tão rígida quanto àquela existente no Brasil, os métodos alternativos de solução de controvérsias terminam sendo amplamente utilizados nas suas variadas modalidades.

Nos Estados Unidos, por meio do procedimento denominado *Alternative Dispute Resolutions* – *ADR*, foram criadas agências cuja finalidade é servir de foro arbitral decisório nos possíveis conflitos de natureza tributária.

O objetivo dessas agências corresponde justamente em se evitar que referidas controvérsias prossigam sem solução até que sejam levadas ao *Tax Court*, denominação atribuída ao tribunal especializado nos assuntos de natureza tributária.

Por ser um País pioneiro na matéria, incentiva que os litígios tributários sejam resolvidos no âmbito da Administração Tributária, por meio de procedimento de negociação.

O fomento ao consenso resulta ser tão intenso que o *Tax Court*, em determinadas situações, pode chegar a aplicar sanções ao contribuinte que, podendo ter solucionado a controvérsia na esfera administrativa, não o façam.

O contribuinte recebe uma proposta de liquidação denominada *30 Days Letter*, que, como a própria denominação demonstra, terá trinta dias para pagar. Se não efetuar o pagamento e verificar-se o transcurso do referido interregno temporal, o sujeito passivo receberá a liquidação propriamente dita, qualificada como *90 Days Letter* ou, também, *Notice of Deficiency*. Nesse caso, recebida a liquidação, que

equivale ao lançamento tributário em nosso Direito Positivo, poderá o contribuinte efetuar o respectivo pagamento ou promover, diretamente, sua impugnação na via judicial; ou, ainda, valer-se das técnicas convencionais.

Nesse último caso, ocorrerá a negociação direta entre o contribuinte e os profissionais qualificados que integram o rol de negociadores da *Internal Revenue Service* – *IRS*, que representa a Administração Tributária americana.

Caso o procedimento de mediação e negociação promovido pela *IRS* resulte infrutífera, o ordenamento jurídico americano prevê a possibilidade de se recorrer, ainda no âmbito da esfera administrativa tributária, ao procedimento de natureza arbitral.

Os instrumentos procedimentais são caracterizados pela presença da discricionariedade dos agentes integrantes da *IRS*.

O procedimento denominado *offers in compromise* qualifica-se como um contrato entre a Administração Tributária e o contribuinte visando solucionar um dado conflito originário do inadimplemento do tributo, mediante a formalização de uma oferta de quitação com desconto.

A negociação é aberta, contemplando proposta e respectiva contraproposta, aplicando-se a todos os tipos de impostos, bem como acréscimos e penalidades. Durante a negociação ficam suspensos os prazos de prescrição e decadência, assim como suspensa a exigibilidade do tributo objeto dessa negociação.

Um dos principais critérios utilizados pela Agência na negociação da redução do valor do débito corresponde ao princípio da capacidade contributiva, não sendo possível aceitar-se como factível acordo que implique nas condições de manutenção e custeio pessoal do respectivo sujeito passivo.

Também identificam-se os chamados *closing agreements* que, ao contrário do anterior, configura um contrato entre a *IRS* e o contribuinte que implicará na extinção do crédito tributário em caráter definitivo. Caso frustrada a sua negociação, o contribuinte poderá suscitar procedimento formal de mediação ou arbitragem, a depender das características do caso concreto. Caso aceitas as concessões recíprocas, com natureza tipicamente de transação tributária, será realizada uma reunião entre o contribuinte e os agentes da *IRS* visando a celebração do acordo,

qualificada como *appeals conference*. A avença, nesse caso, deverá ser formalizada por escrito, podendo albergar fatos jurídicos tributários futuros e pretéritos.

Ainda verifica-se a presença dos parcelamentos tributários ou *installment agreements*, onde são conferidas amplos poderes de natureza discricionária aos funcionários da Agência de Rendas. Usualmente se aplica esse tipo de transação pela via do parcelamento sempre e quando verificada a falta de capacidade contributiva e econômica do sujeito passivo, exigindo-se a dilatação dos prazos de pagamento, podendo contemplar, em regra, trinta e seis parcelas mensais e sucessivas, com possibilidade de desconto da base de cálculo dos valores parcelados. Fica sob juízo discricionário da autoridade tributária a necessidade de ou não de que o parcelamento esteja acompanhado de garantias, que são denominadas como *Notice of Federal Tax Lien*.

Na França, identifica-se a presença da transação tributária (*transaction*) propriamente dita, ao lado de outros tipos de procedimentos e incidentes de resolução amistosa de conflitos tributários, como, por exemplo, a *jurisdiction gracieuse*, que corresponde à redução ou eliminação das penalidades impostas contra o contribuinte que comprove a sua deficiente capacidade contributiva, necessitando da redução ou total remissão do crédito tributário originário.

A transação tributária francesa tem fundamento de validade no artigo 2044 do Código Civil francês, envolvendo a extinção do conflito por meio de concessões recíprocas, com especificação desse regime jurídico a partir do Código Fiscal daquele País, notadamente nos seus artigos 247 a 251.

A Administração Tributária francesa pode outorgar, a pedido do sujeito passivo, por meio de transação, a redução exclusivamente das penalidades pecuniárias, ou seja, multas e demais encargos. As infrações também podem ser objeto de transação antes de exercido o direito de ação e, portanto, iniciada uma demanda judicial ou, também, antes de que eventual decisão judicial se torne definitiva em face do seu trânsito em julgado. Nesse caso, já conformada a relação jurídica processual, a transação somente poderá ocorrer com o aval da autoridade judicial.

A transação tributária na França poderá ser iniciada de ofício ou, também, por meio de solicitação apresentada pelo contribuinte, pautando-se por procedimento

que não exige qualquer formalismo específico, ou seja, a *lettre* individual acompanhada da respectiva documentação.

Esse pedido de transação deve ser analisado no prazo máximo de quatro meses, e, caso não respondido esse mesmo pedido em referido período de tempo, o mesmo será desconsiderado. No juízo de admissibilidade, a Administração Tributária francesa deverá proceder um exame minucioso das circunstâncias particulares do caso, inclusive com dados adicionais do contribuinte, como, por exemplo, seu comportamento habitual e, em determinadas situações, seus antecedentes administrativo e judicial.

Além disso, a autoridade fiscal francesa deverá, no âmbito da transação, promover um exame das circunstâncias específicas do caso, ou seja, as razões fáticas pelas quais houve anteriormente, contra o sujeito passivo da relação jurídica tributária, a imputação de multas, juros e demais encargos de mora.

Em seguida, após a revisão fática e das causas da imposição dos valores objeto da transação, é procedido um detalhado exame da situação pessoal do contribuinte enquanto parte relacionada no procedimento, basicamente para que se possa estar verificando a sua capacidade financeira e de pagamento dos valores objeto da negociação em curso.

Ao final do exame prévio da Administração Tributária, o sujeito passivo solicitante da transação é notificado, recebendo o relatório e parecer circunstanciado, tendo, a partir de então trinta dias para aceitar a proposta ou não. Caso aceita a proposta e celebrada a transação, esta se converte em obstáculo para que se constitua ou prossiga contra o contribuinte qualquer procedimento contencioso de cobrança e exigência da matéria avençada. Em contrapartida, o sujeito passivo renuncia ao direito em que se funda a sua pretensão, não podendo voltar a impugnar e discutir o mesmo. Não se trata de ato unilateral da Administração Tributária, mas de uma convenção, um acordo, entre aquela e o respectivo contribuinte.

No ordenamento jurídico italiano verifica-se a presença de dois importantes mecanismos de soluções alternativas de controvérsias tributárias. Um deles com relevância na esfera administrativa e, o outro, já centrado no âmbito judicial.

O primeiro deles é o denominado *accertamento con adesione*, existente no ordenamento jurídico italiano desde o princípio do século XX, configurando um acordo entre a Administração e o sujeito passivo com a finalidade de se promover a determinação do débito tributário. Após sucessivas reformas legislativas, esse instrumento continua vigente e em pleno uso, conformando uma adesão do sujeito passivo ao lançamento realizado pela Administração Tributária no curso do procedimento de fiscalização.

Trata-se, na prática, de um acordo entre os sujeitos ativo e passivo, enquanto mecanismo alternativo ao lançamento do tributo. Esse instituto aplica-se praticamente à totalidade dos tributos que integram o sistema tributário italiano, assim como a todos os sujeitos passivos, inclusive os responsáveis e substitutos. Pode ter como objeto tanto questões de fato quanto puramente de direito, desde que inerentes à correlativa obrigação tributária, e, também, com a possibilidade de ser iniciada de ofício ou por provocação do contribuinte envolvido.

No caso do procedimento iniciar-se de ofício, durante procedimento de fiscalização, a Administração Tributária poderá notificar o sujeito passivo para que este compareça antes de que ocorra o lançamento de ofício para fins de celebração de um acordo em relação ao valor do débito devido. O contribuinte não é obrigado a comparecer e atender à convocação do Fisco, de modo que, caso não comparecendo, não lhe será imputada qualquer tipo de sanção em face de sua conduta. No entanto, a consequência da notificação prévia ocorrer por parte da Administração Tributária inibe que o sujeito passivo, por livre e espontânea vontade, provoque a manifestação estatal mediante pedido específico dessa natureza.

Caso ainda não tenha sido notificado, porém, o contribuinte poderá ele estar tomando a iniciativa, mediante a apresentação de pedido deduzindo as suas pretensões em relação ao valor dos tributos que pretende regularizar. Se entender necessário, mas não obrigatoriamente, o Fisco italiano poderá estar convocando o contribuinte para que este compareça. O procedimento de *accertamento* tem prazo fixado em noventa dias para ser encerrado, contados da apresentação do referido pedido, aperfeiçoando-se com o recolhimento do débito reconhecido em face do

requerimento anteriormente efetuado. Esse recolhimento poderá ser efetuado em um único pagamento, à vista, ou de modo parcelado.

O segundo mecanismo ou instrumento relevante no ordenamento jurídico italiano corresponde à denominada *conciliazione giudiziale* que, ao contrário do *accertamento con adesione*, dá-se no âmbito judicial.

Essa modalidade poderá contemplar debate e acordo envolvendo situações tanto de fato quanto de direito; assim como, da mesma forma, assumirá caráter total, extinguindo definitivamente a controvérsia verificada entre as partes. Também poderá ter eficácia parcial, situação esta em que o acordo configura-se parcial porque o restante não avençado continuará sendo demandado judicialmente contra o sujeito passivo.

Quanto aos efeitos decorrentes da conciliação judicial, além de por fim à controvérsia, também implicará em coisa julgada, com redução da respectiva sanção a um terço do valor do tributo conciliado. Em caso de ilícito e existência de processo penal, este prosseguirá independentemente da ocorrência da conciliação judicial cível, mediante a aplicação de algumas situações atenuantes.

No ordenamento jurídico espanhol, dentre os acordos finalizadores do procedimento merecem destaque as denominadas *actas de conformidad de la Inspección Tributaria*, que corresponde ao documento público que, formalizado como resultado da fiscalização, demonstram o conjunto de fatos e circunstâncias que, presumidamente corretas, determinam a situação tributária do sujeito passivo. Este, por sua vez, desde que previamente intimado, deverá se pronunciar a respeito dos elementos fáticos e de direito, colhidos e sistematizados pela Administração Tributária, possibilitando que, ao final, seja editado o ato administrativo por parte da autoridade fiscalizadora.

O sujeito passivo poderá manifestar sua conformidade ou discordância com os termos contidos na respectiva ata. Havendo concordância, a denominada *acta de conformidad* implicará em lançamento tributário mediante consenso com o sujeito passivo, auxiliando e participando ativamente na atividade de fiscalização e exigência das obrigações tributárias. Diante dessa circunstância, a manifestação de conformidade determina a obrigação de se efetuar o pagamento do tributo

reconhecido de comum acordo na respectiva ata, com a redução das respectivas penalidades.

O conteúdo da ata conformando o respectivo acordo será qualificado como aceito pelo sujeito passivo, na sua plenitude, sendo que, a sua liquidação ou lançamento não poderá ser objeto de impugnação na via administrativa, exceto caso verificada a presença de vícios de consentimento.

A sua natureza jurídica é nitidamente contratual, de efetiva transação, eis que cristalina a sua bilateralidade, na qual os sujeitos ativo e passivo se vinculam em torno de uma proposta que vem posteriormente a ser aceita de comum acordo, com concessões recíprocas, destacando-se a presença da confissão e confirmação dos fatos relacionados, com renúncia ao direito de defesa por parte do contribuinte, bem como determinação do valor, prazo e forma de pagamento do débito tributário acordado.

Sem prejuízo de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros que estabelecem meios alternativos de solução de controvérsias, resta demonstrado que, de modo invariável, a relação dialógica entre os sujeitos da relação jurídica configura tendência à qual o Brasil não pode permanecer inerte, sendo necessário que se aprofunde o debate jurídico no sentido de se eliminar as barreiras culturais e históricas, embasadas em visão extremada da indisponibilidade absoluta do interesse público e, por conseguinte, do próprio crédito tributário.

CONCLUSÕES

Diante da saturação da Administração Pública e do Poder Judiciário no atendimento das demandas da sociedade em resolver seus conflitos, desvela-se um quadro de insegurança jurídica, com implicações no Direito Tributário.

A ausência de segurança jurídica retira a efetividade do sobreprincípio da Justiça Tributária, visto que os particulares tornam-se eternamente reféns de seus conflitos envolvendo tributos.

No Estado Democrático de Direito, com direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição Federal de 1988, os contribuintes não podem estar sujeitos à ineficiência administrativa, suportando sacrifícios de variadas ordens.

A solução passa por novos instrumentos de realização de Justiça, sem prejuízo da prerrogativa constitucional atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de dirimir as controvérsias surgidas no seio social.

Entende-se por suficiente demonstrado na pesquisa final que, tomando-se como premissa uma coordenação sistemática e visando à redução da constatada complexidade, tem validade jurídica e relação-de-pertinência com o sistema jurídico a norma jurídica de transação tributária, na qualidade de meio consensual na solução de conflitos.

Concretamente, por meio da análise jurídica e suas conclusões propostas, evidenciou-se a validade jurídica e aplicação das leis tributárias veiculadoras de meios amistosos ou amigáveis de solução de controvérsias entre a Administração Tributária e o sujeito passivo, seja na qualidade de contribuinte ou responsável.

A argumentação apresentada logrou demonstrar a confirmação de uma tendência que vem sendo constatada de superação da noção de indisponibilidade absoluta, de todo e qualquer interesse público, em situação de contraposição com interesses particulares.

Conclui-se, assim, pela realização da participatividade e colaboração dos particulares nas atividades desenvolvidas pelo Poder Público, numa perspectiva democrática, enquanto direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, vez que, conforme evidenciado, a solução pelo consenso não pode ser

obstada a qualquer custo pela aplicação incondicional do dogma da supremacia do interesse público sobre o particular.

A partir de adequação e não através de sopesamentos, demonstrou-se que o próprio sistema jurídico objetiva dirimir contradições entre os princípios e regras que o integram, por meio da fixação de balizas legais, para que, em delimitada área de competência, o agente público possa agir exercendo seu poder discricionário de modo legítimo.

Certificou-se, também em face da argumentação produzida neste texto, uma interpretação do interesse público disponível, construída a partir da classificação dos interesses públicos em primário e secundário.

Demonstrou-se ser possível trabalhar objetivamente com a hipótese de consenso pela qual os interesses estatais não são os mesmos que os interesses públicos em sentido geral, de titularidade da coletividade. Nesse caso, os interesses secundários foram qualificados como interesses públicos de segunda geração, e, portanto, disponíveis nos termos e condições fixados pela lei. No entanto, a disponibilidade atribuída legalmente não retira a qualidade do interesse como sendo público, com as garantias e privilégios que fazem parte de sua essência.

Com o Direito Civil constitucionalizado, nele inserido o instituto do negócio jurídico denominado transação, de natureza jurídica tipicamente contratual, a análise desse mesmo negócio, sob a perspectiva do Direito Público, mais especificamente do Direito Tributário, revelou-se instrumental adequado a partir do contexto, conceito e dos demais pressupostos gerais – e não específicos – identificados no âmbito do regime jurídico do Direito Privado.

Não que tal pretensão tenha sido no sentido de se compreender a obrigação tributária a partir da obrigação do Direito Privado. Caso fosse, o resultado da investigação teria sido pífio do ponto de vista jurídico.

Concretamente realizou-se a interpretação sistemática do instituto, buscando identificar quais pontos de coordenação sistêmica, em se tratando de transação e consenso, entre Direito Privado, Direito Administrativo e Direito Tributário.

Logrou-se demonstrar, pois, que o próprio sistema jurídico revela as veredas que possibilitam o caminhar do consenso tributário em direção aos conflitos dessa natureza, eliminando *per se* eventuais conflitos entre princípios e regras.

Viu-se que, de modo efetivo, os pressupostos da dúvida ou incerteza, associadas ao estado de conflito entre as partes, bem como ao exercício da vontade destas mesmas partes em extinguir ou prevenir um litígio, nos termos condicionados por lei geral ou específica, todos eles típicos da transação no Direito Privado, são plenamente identificáveis no instituto da transação tributária.

Foi, a partir disso, possível apresentar um pretenso conceito geral de transação, a partir do Direito Privado e para o propósito da presente investigação científica, como sendo aquele negócio jurídico bilateral, celebrado entre partes de uma determinada relação jurídica controvertida, que, mediante manifestação expressa de suas respectivas vontades, acordam, através de concessões mútuas, pela prevenção de conflito latente por conta do estado de incerteza e dúvida, ou, também, extinção de litígio já concretizado.

Os pressupostos gerais identificados, tais como a dúvida e incerteza quanto a uma determinada situação controversa, o temor que esta gera nas partes, assim como o conflito instalado ou potencial associado à vontade inequívoca das mesmas para avançar e finalizar a controvérsia por meio de concessões mútuas, são elementos do Direito Privado que fortalecem seus laços dialógicos com o Direito Público, especial do Direito Administrativo e Tributário.

Relacionada com a noção de participatividade e colaboração, demonstrou-se que a evolução do Estado, e do próprio Direito Administrativo, em suas diversas etapas, influiu no papel que os particulares deveriam desempenhar para fins de consecução do interesse público.

Numa perspectiva de administração concertada ou consensual extraída da Constituição Federal, identificou-se a presença da democracia participativa naquelas situações em que o Poder Público procura ou atrai os particulares, oferecendo-lhes concessões, para chegar a um acordo em situações envolvendo interesses comuns.

O modo tradicional de atuação da Administração Pública, privilegiando, como regra, o formato unilateral, revelou, a partir da argumentação deduzida, estar em

momento de releitura, absorvendo as novas formulações de participação do administrado nas questões relacionadas ao Poder Público e interesse coletivo.

Foi igualmente demonstrada a inversão na visão dogmática do predomínio da atuação estatal unilateral em favor de novas formulações de natureza participativa, direcionadas a solucionar as variadas e complexas situações jurídicas que hodiernamente se verificam no mundo da realidade, vez que interesses público e particular se entrelaçam para fazer prevalecer os direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição Federal. Sobressai, nesse ponto, a proteção da dignidade da pessoa humana, com reflexos no equilíbrio nas situações de relacionamento com o Poder Público.

No que refere às questões de Direito Público, leia-se do Direito Administrativo e do próprio Direito Tributário, que têm submissão e disciplina pelo regime jurídico administrativo, os instrumentos de solução consensual de controvérsias envolvendo a Administração Pública e interesse público tem por finalidade precípua dar efetividade ao sobreprincípio da Justiça Tributária.

Pressupõe-se, assim, que a Administração Pública necessariamente disponha de instrumental viável e suficiente para que possa, nesse contexto de cabimento e aceitação das soluções amistosas para controvérsias, manifestar a sua vontade, nos estritos limites e condições impostos pela lei, celebrando acordo.

Sabido que o consenso pressupõe o acordo de vontades como elemento essencial, seja para contratar, seja para extinguir ou prevenir conflitos, e, dentre estas manifestações volitivas se encontram aquelas emanadas da Administração Pública, amparadas em lei própria, qualificam-se os denominados negócios jurídicos administrativos.

Nesses termos, o negócio jurídico administrativo conforma a expressão do acordo de vontades do qual participa a Administração, que, não abdicando da potestade pública de que é titular, celebra com o particular determinados pactos, objetivando realizar o interesse público; ou o acordo de vontades entre entidades que integram a própria esfera administrativa, objetivando a consecução de fins comuns a essas entidades, com personalidades jurídicas próprias.

Apesar da identificação de um histórico refratário, calcado em conceitos e princípios que se valem de premissas equivocadas, da indisponibilidade do interesse público e legalidade absoluta, demonstrou-se objetivamente que a via arbitral vem sendo aceita como meio adequado à composição dos conflitos surgidos no âmbito dos contratos celebrados sob o regime jurídico de Direito Público, com amplo amparo normativo disciplinando esses relacionamentos. Eficiência, celeridade e flexibilidade foram características destacadas nessa perspectiva.

Concluiu-se que o instrumento legislativo autorizador da disponibilidade, por meio de transação, deverá conter minimamente os elementos que permitam identificar de modo objetivo quais são as situações concretas em relação às quais se tenha entendido por excepcionar a regra geral da indisponibilidade do interesse público. Sem que seja atendido o princípio constitucional da legalidade, manifestado na lei formal e material, com a imprescindível definição dos destinatários específicos da legislação autorizadora da disposição pelo Poder Público e seu agente, assim como suas condições e pressupostos específicos, não é possível identificar quais os direitos que se reputam disponíveis. Trata-se, como visto, de uma decorrência direta do princípio da legalidade; onde ausente a lei geral ou específica, prevalece a indisponibilidade do interesse público.

Diante disso, pontificou-se que relação à indisponibilidade do interesse público, mais especificamente dos bens e direitos de titularidade do Estado, essa regra somente pode ser objeto de disposição quando houver deliberação legal nesse sentido. Portanto, tão somente a lei poderá afirmar exceção à regra geral da indisponibilidade, reputando um bem ou direito de interesse público como disponível ou não.

Como condição de validade dos métodos de consenso nas relações jurídicas, confirmou-se, da mesma forma, que o espectro de atuação da Administração Pública deve estar circunscrito à lei, com margem de discricionariedade por esta delimitada previamente.

Igualmente em termos de indisponibilidade relativa, entendeu-se que o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública.

O Estado pode ser titular de interesses que lhes são particulares, de modo semelhante ao que ocorre com os demais sujeitos de Direito Privado, uma vez que esse interesse do Estado não se qualifica como sendo interesse público, mas interesse individual do ente enquanto pessoa de Direito Público.

É dizer, na linha do que foi apreciado na pesquisa, que o interesse público não equivale ao interesse da Administração Pública e, portanto, não corresponde ao interesse do aparato do Estado.

O interesse público primário, por decorrência, será o único interesse que a Administração Pública almeja alcançar; especialmente na medida em que o interesse dito secundário não é um interesse público propriamente dito, mas interesse similar ao de qualquer outro sujeito. Com base nesse raciocínio chegou-se à conclusão de que o interesse público concretizado na exigência da obrigação e do crédito tributário, configura interesse público secundário e pode, assim, ser considerado como sendo disponível nos termos e condições da lei.

Assim como se procedeu em relação à transação no âmbito do Direito Privado, considerada a sua peculiaridade derivada das regras e características do regime jurídico público-tributário, conceitua-se, a partir da pesquisa desenvolvida, a transação tributária como sendo aquele negócio jurídico administrativo, celebrado entre sujeito ativo e passivo de uma determinada relação jurídica tributária controvertida, que, nos termos e condições estabelecidos pela lei, mediante manifestação expressa de suas respectivas vontades, ainda que de modo discricionário, acordam, através de concessões mútuas, resultando na extinção do respectivo litígio.

Do que se expôs, concluiu-se que não se configura ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público a utilização dos mecanismos alternativos de soluções de controvérsias nas questões envolvendo o Poder Público e o interesse geral, notadamente no Direito Tributário.

Numa apreciação crítica, restou também indagado, objetivamente, se a instituição de uma determinada regra jurídica de transação tributária estaria colocando em contraposição princípios, de participatividade e indisponibilidade,

exigindo-se a solução do problema a partir do método do sopesamento ou ponderação, como antes já efetuado em relação à consensualidade administrativa.

A resposta foi negativa, na medida em que alegado conflito, caso configurado, ocorrerá entre princípio e regra, não se aplicando a metódica do sopesamento ou ponderação e, isto sim, a interpretação hermenêutica como solução ofertada pelo próprio sistema, tendência agasalhada pela jurisprudência do Pretório Excelso.

De modo mais específico, a partir da análise sistemática da norma geral do artigo 171 do Código Tributário Nacional, com fundamento de validade na Constituição Federal de 1988, demonstra-se que o sistema jurídico brasileiro reconhece a transação tributária como juridicamente válida, guardando relação-de-pertinência sistêmica.

Conclui-se que a transação afigura-se como alternativa viável do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a Justiça Tributária em favor dos sujeitos passivos, aprimorando o sistema normativo e institucional destinado a solucionar de modo amistoso os conflitos de natureza tributária, com amparo nos seguintes fundamentos específicos:

I. No ordenamento jurídico do Estado Democrático Fiscal não se configura a existência de um poder de tributar absoluto, mas sim paritário, eis que a atuação da Administração Tributária é regrada e disciplinada pelo Direito, que impõe limites.

II. Nesse contexto do Estado Democrático Fiscal enquanto Estado Cooperativo, a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos de natureza tributária demonstra a existência de um processo de modernização organizativa, do modo de atuação e das formas de realização da função administrativa, com margem flexibilidade com limites na lei e justificada no interesse público.

III. A transação tributária define-se como negócio jurídico administrativo, celebrado entre sujeito ativo e passivo de uma determinada relação jurídica tributária controvertida, que, nos termos e condições estabelecidos pela lei, mediante manifestação expressa de suas respectivas vontades, avençam em relação aos seus interesses contrapostos, por meio de concessões mútuas, resultando na extinção do litígio em face do adimplemento do crédito tributário correlato.

IV. Com fundamento no princípio da legalidade, somente nos termos e nas condições estabelecidas em lei os sujeitos da relação jurídica tributária poderão celebrar transação, sob pena de ofensa ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário e configuração da hipótese de renúncia de receita pública.

V. Os sujeitos da relação jurídica tributária tem a faculdade e não a obrigação de celebrar transação.

VI. A autorização legislativa prévia estabelecida pelo *caput* do artigo 171 do CTN o qualifica como *norma de estrutura*, com hierarquia de lei complementar instituidora de norma geral em matéria tributária, para que os Entes Políticos no exercício de suas respectivas competências normativas instituam leis gerais ou específicas acerca da transação.

VII. A lei instituidora da transação em matéria tributária deve necessariamente propiciar uma determinada margem de discricionariedade à Administração Tributária, garantindo-lhe certa parcela de autonomia da vontade com o intuito de compor ou solucionar, a depender da situação, conflitos envolvendo obrigações de cunho tributário.

VIII. Na transação, a limitação da autonomia da vontade da Administração Tributária e de seus agentes reside deve estar prevista na legislação tributária de regência, circunscrevendo a abrangência e alcance do poder discricionário decisório e jamais normativo.

IX. O conceito de discricionariedade demonstra existir determinado grau de autonomia da vontade do agente público, especialmente se considerada a existência de uma margem de liberdade para a eleição de um comportamento razoável e adequado ao caso concreto sobre o qual se está deliberando.

X. Considerar a transação tributária como mero ato administrativo unilateral significa ignorar, ainda que com limites impostos pela lei, a reciprocidade das concessões por meio da manifestação da autonomia da vontade das partes relacionadas.

XI. Os contratos de Direito Público, enquanto negócios jurídicos administrativos, contemplam matérias relacionadas ao Direito Financeiro e Tributário, onde o exercício da autonomia da vontade do agente público se encontra

condicionado aos limites impostos pela lei, a exemplo do que ocorre com o artigo 171 do CTN em relação à autorização legislativa para celebrar transação tributária.

XII. A indisponibilidade do crédito tributário sempre representou um dogma no Direito Tributário, partindo do pressuposto pelo qual a obrigação tributária é derivada da lei, não podendo a Administração Tributária, nesses termos, deixar de exigir o cumprimento da mesma, eis que a função administrativa tem natureza a ela vinculada.

XIII. Não se encontra na Constituição Federal, e nem tampouco no CTN, qualquer dispositivo que impeça expressamente a adoção de soluções convencionais de natureza tributária, mais especificamente da transação envolvendo a prestação tributária, possibilitando, assim, que a lei material e formal assim o faça, com a fixação de termos e limites razoáveis, em observância ao interesse público.

XIV. Não se configura a colisão de princípios em relação à regra jurídica de transação tributária, mas, isto sim, mera contraposição entre essa regra jurídica e o respectivo princípio ofendido.

XV. A contraposição entre o princípio supostamente ofendido e a regra jurídica veiculadora da transação tributária deve buscar solução no próprio sistema para a eliminação das contraditoriedades normativas, valendo-se da aplicação dos critérios de interpretação e hermenêutica, direcionados a construir a norma individual e concreta, não se cogitando, portanto, da utilização de métodos de sopesamento ou ponderação.

XVI. A receita pública tributária configura interesse público secundário e não interesse público primário, sendo, portanto, disponível nos termos e condições prescritos em lei.

XVII. A atividade de exigência, fiscalização das obrigações e arrecadação do tributo não configura um interesse primário propriamente dito, na medida em que os tributos assumem um caráter instrumental e de custeio das atividades administrativa do Estado para viabilizar a realização do interesse público propriamente dito.

XVIII. Como a transação não está expressamente prevista dentre as situações discriminadas pelo artigo 14, §1.º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, não

se configura a hipótese de renúncia de receita, não se admitindo interpretação extensiva de referido dispositivo legal.

XIX. A renúncia de receita não tem como característica a reciprocidade das concessões entre as partes relacionadas, indo contra a essência do instituto da transação, que tem natureza jurídica bilateral.

XX. A prestação do tributo, enquanto dever de adimplir à obrigação tributária, não é passível de transação por se tratar de uma decorrência da aplicação da lei instituidora desse mesmo dever.

XXI. De acordo com o disposto no artigo 113 do CTN, a transação tributária, nos termos da lei, poderá abranger litígios vinculados a valores constituídos em face do inadimplemento da obrigação tributária principal, fixando somente ser passível de transação as penalidades pecuniárias e respectivos acréscimos, excluídas as controvérsias relacionadas ao cumprimento dos deveres instrumentais.

XXII. Com relação aos efeitos, a transação não extingue o crédito tributário, pois este é extinto pelo pagamento resultante das concessões mútuas acordadas pelos sujeitos ativo e passivo, ocasionando, simultaneamente, o desaparecimento do direito subjetivo e do seu respectivo dever de prestação.

XXIII. Além dos efeitos da coisa julgada, a transação celebrada entre sujeito ativo e passivo tem eficácia de ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5.º, XXXVI, da CF88, impondo-se o fiel cumprimento do acordo celebrado com base nos princípios da confiança legítima e da boa-fé objetiva do sujeito passivo.

XXIV. Caso ausente a observância dos pressupostos da competência para atuar como representante da parte relacionada no respectivo acordo, bem como do detalhamento da situação de fato e de direito vinculadas ao litígio ou controvérsia objeto, a transação tributária será nula em caráter absoluto.

XXV. Quanto às espécies, a transação será preventiva se ainda não verificado o nascimento da obrigação e do crédito tributário, pois caso já verificada a sua ocorrência ou formalizado o lançamento tributário, caberá à transação terminar litígio existente e decorrente de crédito tributário já constituído.

XXVI. A transação tributária também assume modalidades administrativa e judicial, a depender do foro em que o respectivo contencioso se desenvolver,

podendo ser na esfera administrativa, concretizada pelo procedimento administrativo de formação, ou, perante o Poder Judiciário, nos autos do processo judicial.

XXVII. O parcelamento é modalidade de transação, pois a Administração Tributária reconhece que o sujeito passivo cumpre os requisitos legais e concede, em regime de reciprocidade, a autorização para o pagamento parcelado do débito, inclusive com benefícios de redução do valor das penalidades e dos acréscimos legais e moratórios.

XXVIII. O parcelamento não pode ser qualificado como novação, em detrimento da sua natureza jurídica de transação, pois a causa ou razão jurídica do crédito tributário deve ser sempre considerada a incidência da norma e, assim, o crédito parcelado deve ter idêntico fundamento do crédito originário.

XXIX. Nas transações concretizadas por meio de parcelamento tributário são inconstitucionais e ilegais as cláusulas que impõem como condições a confissão irretratável e a desistência da ação com renúncia do direito, uma vez que não cabe ao sujeito passivo impor qualquer tipo de autorregulação de seus direitos fundamentais, dentre eles a universalidade de acesso à jurisdição.

BIBLIOGRAFIA

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ADAMS, Luís Inácio Lucena. “A transação em matéria tributária: os ganhos para a Administração.” *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez. 2007, v. 8, pp. 261-265.
- _____; FILHO, Luiz Dias Martins. “A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: Homenagem ao Jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp.15-42.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 1994.
- ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ANTÓN, Fernando Serrano. *La resolución de conflictos en el derecho internacional tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*. Navarra: Aranzadi-Thompson Reuters, 2010.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos.” *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan/fev. 2007, vol. 103, n.º 389, p. 3-17.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- ARAÚJO, Nadjá. *Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação Imposta*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.
- ARAÚJO, Renata Machado de; LUCHIEZI JÚNIOR, Álvaro; MIJAN, Natalie Cevallos; TRENTINI, Alexandra. “Transação tributária e os Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 54-61.

- ARIOLA, Luca; FRISANI, Dalila. "La transazione". In: *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*. Torino: UTET Giuridica, 2006, pp. 3-81.
- ASOREY, Ruben Oscar; NAVARRINE, Suzana Camila. *Arbitraje, jurisdicción arbitral en controversias con el Estado. Proceso arbitral en cuestiones tributarias*. Buenos Aires: La Ley, 1992.
- ATCHABAIAN, Adolfo. "El régimen de consultas anticipadas del contribuyente ante la Administración tributaria." In: PISTONE, Pascuale; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 481-499.
- ÁVILA, Humberto. "Limites da transação no Direito brasileiro." *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2006, vol. 6, pp. 173-183.
- _____. "Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais." In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008, vol. 12. pp. 257-269.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à ampliação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo, Malheiros, 2009.
- BADIN, Arthur Sanchez. "Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A transação como instrumento de concretização do interesse público." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 2009, n.º 252, pp. 189-217.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BELLANTE, Marco. "L'arbitrato nell'appalto di opere pubbliche." In: *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*. Torino: UTET Giuridica, 2006, pp. 217-251.

- BEVILÁQUA, C. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 4, 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1950.
- BONAVIDES, Paulo. "Do absolutismo ao constitucionalismo." *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 5. Curitiba: Abdconst, 2004, pp. 555-595.
- BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Lançamento tributário*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. "Fundamentos do processo administrativo tributário e lei ordinária." In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da Administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 59-67.
- _____. "Alguns reflexos do Código Civil no Direito Tributário." In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2004, pp. 167-194.
- BRITO, Edvaldo. "Lei de Responsabilidade Fiscal, competência tributária, arrecadação de tributos e renúncia de receita." In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 105-126.
- _____. "Composição extra-judicial de conflitos tributários." In: PAULA JÚNIOR, Aldo de (et. al.). *VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito Tributário e os conceitos de Direito Privado*. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 291-323.
- BUSA, Vincenzo. "A experiência italiana sobre transação e conciliação em matéria tributária e demais modalidades alternativas de solução de controvérsias fiscais. *Gli istituti deflativi del contenzioso nell'esperienza italiana*." In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito Tributário internacional aplicado*. Vol. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 525-543.
- CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.
- CALMON, Eliana. "A arbitragem e o poder público." *Revista de Mediação e Arbitragem*, n.º 24. São Paulo: RT-IBDC, jan-mar 2010, pp. 9-16.
- CAMPOS, Diogo Leite de. "Certeza e direito tributário: a arbitragem." In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 773-782.

- _____. “A arbitragem em Direito Tributário português e o estado-dos-cidadãos.” *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 12, São Paulo: RT-IBDC, jan-mar 2007, pp. 149-158.
- _____. “Arbitragem nas relações tributárias.” In: *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 223-233.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. “Sulla causa della transazione”. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 12, pt. 2, 1914.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *O sujeito ativo da obrigação tributária*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1977.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARVALHO, Cristiano. “Deveres instrumentais e custos de transação.” In: BARRETO, Aires Fernandino (et. al.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários: Interpretação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2006, pp. 81-88.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CARVALHO, Rubens Miranda de. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2008.
- CASÁS, José Osvaldo. “Seguridad jurídica, legalidad y legitimidad en la imposición tributaria.” In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da Administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 329-413.
- _____. *Los mecanismos alternativos de resolución de las controversias tributarias*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- _____. “La transacción y la transacción tributaria en general en el Derecho Comparado.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 3. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jan-jun 2005, pp. 73-102.

- CASSANO, Giuseppe. "ADR (*Alternative Dispute Resolution*).” In: *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*. Torino: UTET Giuridica, 2006, pp. 473-486.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. "Direito Tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil.” *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n.º 88. São Paulo: RT-ABDT, set-out 2009, pp. 18-47.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados especiais da fazenda publica: lei n. 12.153/2009 comentada artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. "A obrigação tributária – nascimento e morte – a transação como forma de extinção do crédito tributário.” *Revista de Direito Tributário*, n. 62. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 69-75.
- _____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COLOMA, Paula Vicente-Arche. *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- CONRADO, Paulo Cesar. "Processualidade e extinção da obrigação tributária”. In: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). *Processo tributário analítico*. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2011.
- COSTA, Alcides Jorge. "Algumas notas sobre a relação jurídica tributária.” In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio. (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, pp. 21-35.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Obrigação, lançamento e relação jurídica tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COSTA, Ramón Valdés. *Instituciones de derecho tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1960.

- CRUZ, Eva María Gil. *Las actas con acuerdo en el procedimiento inspector tributario*. Pamplona: Aranzadi-Thompson Reuters, 2009.
- CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- DÁCOMO, Natalia De Nardi. *Direito Tributário participativo: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 63-67.
- _____. “Validade de transação entre o poder público e particular.” *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 169-179.
- DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. “Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação.” *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 29. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 29-53.
- DEL PRATO, Enrico. *La transazione*. Milano: Giuffrè, 1992.
- DEL TESO, Ángeles de Palma. “Las técnicas convencionales en los procedimientos administrativos.” In: CLEMENTE, Joan Francesc Pont; MESTRES, Magin Pont (Orgs.). *Alternativas convencionales en el derecho tributario – XX Jornada anual de estudio de la Fundación ‘A. Lancuentra’*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 15-47.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. “Buena fe en el Derecho Tributario” In: PISTONE, Pascuale; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 265-281.
- _____. “Litigiosidade, evasão e soluções contemporâneas.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 6. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2006, pp. 12-20.
- DÍAZ-PALACIOS, José Alberto Sanz. “Medidas fiscales con efecto reductor de la conflictividad en Francia: la transacción.” In: *Técnicas convencionales en el ámbito tributario: perspectivas de derecho interno, comparado y comunitario*. Barcelona: Atelier, 2007, pp. 49-85.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____.; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: *direito das coisas*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGOS, Francisco José Nicolau. “Meios alternativos de resolução de conflito tributário: estudo do caso italiano.” *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 44. Belo Horizonte: Fórum, mar-abr 2010, pp. 53-79.

_____. “Estudo sobre as principais fontes politico-normativas de litigação tributária.” *Direito Tributário em Questão: Revista da Fesdt*, n.º 7, Porto Alegre: 2011, pp. 43-59.

ESQUIVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. “A Arbitragem institucionalizada e os conflitos de Direito Administrativo.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 121-129.

ESTEVES, Mauricio Cramer. “Da possibilidade e dos limites da transação em processos judiciais por parte do poder público municipal.” *Interesse Público*, n.º 38. Belo Horizonte: Fórum, jul/ago. 2006, pp. 299-302.

ESTRADA, Iñaki Bilbao. *Los acuerdos tendentes a la determinación de la obligación tributaria en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

ETMAN, Gustavo E. L. “La transacción en materia tributaria.” *Escritos Contables*. Vol. 36, n.º 44. Buenos Aires: 2003, pp. 121-156.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria critica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. “O Direito Civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional.” *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 3. Curitiba: Abdconst, 2003, pp. 235-254.

- _____. “Sujeito, poder e direito na contemporânea principiologia axiológica civil-constitucional.” In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público útil e do privado contemporâneo: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, pp. 609-632.
- FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito tributário brasileiro*. Vol. 2, 3. ed. São Paulo: Ed. Resenha Tributaria, 1976.
- FARINHO, Domingos Soares. “Algumas notas sobre o modelo Institucional do Centro de Arbitragem Administrativas – CAAD.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (org.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 31-45.
- FAVA, Pasquale. “Arbitration & ADRS negli States: L’evoluzione normativa e giurisprudenziale.” In: *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*. Torino: UTET Giuridica, 2006, pp. 487-549.
- FERREIRA, Eduardo Paz. “A possibilidade de arbitragem tributária.” In: I Conferência AIBAT-IDEFF: a arbitragem em direito tributário. Colóquios IDEFF, n. 2. Lisboa: Almedina, 2010.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Bagaço, 2004.
- FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. “Efeitos da confissão no direito tributário.” In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Vol. 12, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 11-17.
- _____. “Arbitragem em direito tributário.” In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 383-395.
- _____. “A solução de controvérsias fiscais por meio de arbitragem.” *Revista de Mediação e Arbitragem*, n.º 22. São Paulo: RT-IBDC, jul-set 2009, pp. 94-118.
- _____. *Aplicação da lei tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FILHO, Luiz Dias Martins; ADAMS, Luís Inácio. “A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora.” In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao Jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp.15-42.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. "A constitucionalidade da nova lei de arbitragem." *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 17, São Paulo: Dialética, fevereiro 1997, pp. 44-48.

_____. "A transação e a arbitragem no Direito Constitucional-Tributário Brasileiro." In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp.42-88.

FINO, Michele Antonio. "L'archetipo contrattuale transattivo: radici storiche e ruolo attuale nell'ordinamento". Disponível em: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102fino.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Antônio Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos – na doutrina e na jurisprudência*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

FRANCO, Vera Helena de M. *Contratos – direito civil e empresarial*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. "Como interpretar a Constituição." *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 5. Curitiba: Abdconst, 2004, pp. 359-400.

_____. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRISANI, Dalila; ARIOLA, Luca. "La transazione." In: *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*. Torino: UTET Giuridica, 2006, pp. 3-81.

FURTADO, Antonio Carlos. "Transação tributária: extensão e limites." *Revista Forense*, vol. 276. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 39-46.

- GAMA, Tácio Lacerda. "A transação em matéria tributária e a possibilidade de posterior contestação da dívida pelo contribuinte." *Revista Internacional de Direito Tributário*, v. 8. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2007, pp. 267-274.
- GAMBOGI, Gianluca; SARTI, Andrea. *La conciliazione giudiziale: Il concordato ed altri istituti di definizione delle controversie fiscali*. Milão: Giuffrè, 2003.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. "Transação e arbitragem no Direito Tributário norte-americano." In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 417-440.
- _____. "Transação tributária: contexto, texto e argumentos." *Revista Fórum de Direito Tributário*. n.º 39. Belo Horizonte: Fórum, maio-jun 2009, pp. 133-165.
- _____. "O STJ e a natureza jurídica da decisão homologatória de transação fiscal." *Revista de Processo*, n.º 176. São Paulo: RT-IBDP, out. 2009, pp. 226-233.
- _____. "Transação tributária: paradoxos e possibilidades." *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 23-31.
- _____. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GOLDSCHMIDT, Fabio Brum. "Arbitragem e transação tributária – verificação de compatibilidade". *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 48. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 47-64.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GONZÁLEZ, Luis Manuel Alonso. "La Conflictividad Tributaria en España: Actualización de los resultados del informe sobre 'la justicia tributaria en España' realizado por el grupo de investigación 'Derecho Tributario y Política Fiscal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona'." In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito Tributario internacional aplicado*. Vol. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 545-560.
- GOZAINI, Oscar Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

GRAU, Eros Roberto. "Conceitos indeterminados". In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. "Os fundamentos da justiça conciliativa." *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 14, São Paulo: RT-IBDC, jul-set 2007, pp. 16-21.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. "Responsabilidade Fiscal, renúncias de receitas e guerra fiscal." In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 99-115.

_____. (Coord.). *Direito Tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*. Milão: Giuffrè, 2010.

GUSKOW, André. "As agências reguladoras e a arbitragem." In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 15-61.

HACHEM, Daniel Wunder. *Principio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.

HORVATH, Estevão. "A Constituição e a Lei Complementar n.º 101/2000 ('Lei de Responsabilidade Fiscal'): algumas questões." In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 147-162.

_____. "Deveres instrumentais e seus limites." In: BARRETO, Aires Fernandido (et. al.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários: Interpretação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2006, pp. 201-222.

- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. “Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal”. *Comunicado do IPEA*. n.º 83. Brasília: IPEA, março 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7844. Acesso em: 5 mai. 2011.
- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO. *Memorias XXII Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario*. Tomo II. Quito: ILADT-IEDT, 2004.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. 2. Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1998.
- JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. “Função administrativa e participação popular.” *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 2001, n.º 36, p. 114-123.
- JÚNIOR, Eroulths Cortiano. “A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.” *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 5. Curitiba: Abdconst, 2004, pp. 351-358.
- JÚNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados especiais da Fazenda Pública: comentários a Lei n. 12.153/09*. São Paulo: RT, 2010.
- JÚNIOR, Onofre Alves Batista. “Transação no Direito Tributário, discricionariedade e interesse público.” *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, n.º 83, pp. 116-125.
- _____. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- KLEIN, Aline Lícia. "Arbitragem nas concessões de serviço público." In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-109.
- KORB, Donald L. "IRS Alternatives to the Traditional Tax Controversy System." In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito Tributário internacional aplicado*. Vol. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 493-523.
- KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade, de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997.
- LACOMBE, Américo Masset. "A caracterização do parcelamento para fins tributários e criminais (novação da dívida ou mera confissão de fatos): a jurisprudência do STJ." *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 6. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2006, pp. 230-236.
- LA ROSA, Salvatore. "Appunti sulle garanzie negoziali nel Diritto Tributario." In: LA ROSA, Salvatore. *Autorità e consenso nel Diritto Tributario*. Milão: Giuffrè, 2007, pp. 1-27.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. "Terminación convencional de los procedimientos inspectores." In: CLEMENTE, Joan Francesc Pont; MESTRES, Magin Pont (Orgs.). *Alternativas convencionales en el derecho tributario – XX Jornada anual de estudio de la Fundación 'A. Lancuentra'*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 315-325.
- _____. "El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración (Derecho Tributario y orden democrático)." In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da Administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 313-328.
- _____. "Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta." In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito internacional aplicado*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 293-312.
- _____. (Dir.). *La Justicia tributaria en España: informe sobre las relaciones entre la administración y los contribuyentes y la resolución de conflictos entre ellos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- _____. *Direito tributário: teoria geral do tributo*. Barueri, SP: Manole; Espanha, ES: Marcial Pons, 2007.
- LEITE, Yara Muller. *Dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Pongetti, 1965.
- LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Ignacio J. Minorini; TAWIL, Guido Santiago. "El estado y el arbitraje: primera aproximación." *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 14, São Paulo: RT-IBDC, jul-set 2007, pp. 99-150.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Simone Anacleto. "Anteprojeto de lei geral de transação em matéria tributária: uma análise jurídica." *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 38. Belo Horizonte: Fórum, mar-abr 2009, pp. 9-26.

_____. "Projeto de lei geral de transação em matéria tributária: análise das consequências políticas e econômicas." *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 33-40.

LOPEZ, Maria Esther Sanchez. "Principio de reserva de ley y técnicas convencionales en el ámbito tributario." In: *Técnicas convencionales en el ámbito tributario: perspectivas de Derecho interno, comparado y comunitario*. Barcelona: Atelier, 2007, pp. 11-47.

LÓPEZ, Maria Teresa Martínez; NEDER, Marcos Vinicius. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. "A transação no direito tributário." *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 75. São Paulo: Dialética, dezembro 2001, pp. 60-70.

_____. "O Refis como transação." *Revista de Estudos Tributários*, vol. 4, n.º 24. Porto Alegre: Síntese, 2002, pp. 5-6.

_____. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. "Transação e arbitragem no âmbito tributário." *Revista Fórum de Direito Tributário*, n.º 28. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 51-74.

_____. "Confissão e transação no direito tributário." *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 159. São Paulo: Dialética, dezembro 2008, pp. 31-40.

_____. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; SEGUNDO, Hugo de Brito. “Transação em matéria tributária: limites e inconstitucionalidades.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 14-22.

MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda publica: estruturação dos juizados especiais da fazenda publica estadual e municipal (Lei n. 12.153/09) em vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder publico*. Salvador: Editora Jus Podium, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, Antônio Herlander Antunes; FRANCO, João Melo. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos – na doutrina e na jurisprudência*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Transação tributária realizada nos exatos termos do artigo 171 do Código Tributário Nacional – inteligência do dispositivo – prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material – rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal – opinião legal.” *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 148. São Paulo: Dialética, janeiro 2008, pp. 143-148.

MAS, Cristian Oliver Lucas. “La mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario estadounidense. Especial referencia a las actuaciones del IRS (*International Revenue Service*).” *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica*, n.º 269-vol. LIII. Madri: set-dec. 2003, Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 603-625.

MASSANET, Juan Ramallo. “Las posibilidades de acuerdo entre la Administración Financiera y el contribuyente en el ordenamiento italiano.” In: PISARIK, Gabriel Elorriaga (Coord.). *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial-Pons, 1996.

_____. “La voluntad del contribuyente en la determinación de la deuda tributaria.” In: CLEMENTE, Joan Francesc Pont; MESTRES, Magin Pont (Orgs.). *Alternativas convencionales en el derecho tributario – XX Jornada anual de estudio de la Fundación ‘A. Lancuentra’*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 289-313.

MAZZ, Addy. *Curso de derecho financiero y de finanzas*. 3. ed., T. 1, Vol. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908.

MIJAN, Natalie Cevallos; LUCHIEZI JÚNIOR, Álvaro; TRENTINI, Alexandra; ARAÚJO, Renata Machado de. "Transação tributária e os Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional." *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 54-61.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Vol. IV, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de direito privado*. Vol. XXV, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Direito Tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil." *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n.º 88. São Paulo: RT-ABDT, set-out 2009, pp. 18-47.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo. "Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao Direito brasileiro." In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 483-503.

MOREIRA, Egon Bockmann. "O princípio da transparência e a Lei de Responsabilidade Fiscal." In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 127-146.

- _____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MOSCATELLI, Maria Teresa. *Moduli consensuali e istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria*. Milão: Giuffrè, 2007.
- MOSCHETTI, Francesco. "Las posibilidades de acuerdo entre la Administración Financiera y el contribuyente en el ordenamiento italiano." In: PISARIK, Gabriel Elorriaga (Coord.). *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial-Pons, 1996, pp. 117-131.
- MUÑOZ, Yolanda Martínez. *Las actas con acuerdo en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid-Barcelona: Marcial-Pons, 2004.
- NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais (reflexões acerca de sua admissibilidade)*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Juridica 5. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- _____. "Reflexão breve sobre a introdução da arbitragem tributária." In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 83-102.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NAVARRINE, Suzana Camila; ASOREY, Ruben Oscar. *Arbitraje, jurisdicción arbitral en controversias con el Estado. Proceso arbitral en cuestiones tributarias*. Buenos Aires: La Ley, 1992.
- NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos Contratos Administrativos: Revista de Direito Administrativo. vol. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997. p. 81-90.
- _____. "Novos institutos consensuais da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo. n.º 231. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 127-155.
- _____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.
- NETTO, Cássio Telles Ferreira. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

- NOVOA, César García. "Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias: Su Introducción en el Derecho Español." *Revista Técnica Tributaria*, n.º 59. Madrid: 2002, p. 71-98.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. "Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal: notas sobre a introdução da arbitragem em matéria tributária." In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 59-73.
- OLIVEIRA, Antonio Candido de. "Resolução alternativa de litígios: as impugnações administrativas." In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 113-120.
- OLIVEIRA, Luiz André Nunes de. "Transação em matéria tributária." In: *Cadernos de Direito Tributário: aspectos controvertidos do CTN*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 297-311.
- OLIVEIRA, Maria da Conceição. "Mediação e arbitragem no roteiro da boa administração: a experiência portuguesa no contexto europeu." In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 59-73.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- PEREIRA, César Guimarães. "Arbitragem e a administração pública na jurisprudência do TCU e STJ." In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PETRILLO, Giovana. *Profilili sistematici della concializione giudiziale tributaria*. Milao: Giuffrè, 2006.

- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. "Os conceitos de Direito Privado como limites à interpretação de normas tributárias: análise a partir dos conceitos de faturamento e receita." In: PAULA JÚNIOR, Aldo de (et. al.). *VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito Tributário e os conceitos de Direito Privado*. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 1223-1237.
- PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1990.
- PRIA, Rodrigo Dalla. *O direito ao processo*. In: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). *Processo tributário analítico*. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2011.
- QUADROS, Fausto de. "A arbitragem em direito administrativo." In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 103-112.
- RAMALHO, Lívio Oliveira; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Juizados da Fazenda pública: estruturação dos juizados especiais da fazenda pública estadual e municipal (Lei n. 12.153/09) em vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo Poder Público*. Salvador: Editora Jus Podium, 2010.
- REALE, Miguel. "Transação: elementos identificadores, homologação judicial de uma transação e seus efeitos, exceções cabíveis na espécie." *Revista dos Tribunais*, n.º 508, São Paulo: RT, 1978, pp. 41-48.
- _____. *Lições preliminares de Direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. "Arbitragem como meio de solução de controvérsias tributárias." *Revista de Processo*, n.º 78. São Paulo: RT, abr/jun. 1995, pp. 178-187.
- RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues; RIBAS, Antonio Souza. "Arbitragem como meio de solução de controvérsias tributárias." *Revista de Processo*, n.º 78. São Paulo: RT, abr/jun. 1995, pp. 178-187.
- ROMÃO, Dalila. "Arbitragem e administração pública em Portugal." *Revista de Mediação e Arbitragem*, n.º 22. São Paulo: RT-IBDC, jul-set 2009, pp. 184-210.
- ROSEMBUJ, Tulio. *La transacción tributaria: discrecionalidad y actos de consenso*. Barcelona: Atelier, 2000.
- _____. *Procedimientos tributarios consensuados: la transacción tributaria*. Buenos Aires: IEFPA, 2001.

-
- . “La resolución alternativa de conflictos tributarios.” In: CLEMENTE, Joan Francesc Pont; MESTRES, Magin Pont (Orgs.). *Alternativas convencionales en el derecho tributario – XX Jornada anual de estudio de la Fundación ‘A. Lancuentra’*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 97-135.
- RUSSO, Pascuale. “Indisponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie.” In: LA ROSA, Salvatore (Org.). *Profili autoritativi e consensuali del Diritto Tributario*. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 89-120.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- SANTIAGO, Igor Mauler. “A arbitragem tributária interna e internacional.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, v. 6. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2006, pp. 123-144.
- SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. vol. XIII, 11. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.
- SARTI, Andrea; GAMBOGI, Gianluca. *La conciliazione giudiziale: Il concordato ed altri istituti di definizione delle controversie fiscali*. Milão: Giuffrè, 2003.
- SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais.” *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 5, 2004, p. 527-551.
- SCUTO, Marinella. “Transazione”. In: *Enciclopedia Forense*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1962, v. VII, pp.659-666.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; MACHADO, Hugo de Brito. “Transação em matéria tributária: limites e inconstitucionalidades.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 14-22.
- SEVERINI, Tiago. “Transação em matéria tributária no Direito brasileiro?.” *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n.º 88. São Paulo: RT-ABDT, set-out 2009, pp. 235-268.
- SERRA, Manuel Fernando dos Santos. “A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas.” In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Monica Brito (Orgs.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, pp. 19-29.
- SERRANO, María Luisa González-Cuellar. *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Madrid: Colex, 1998.

- SILVA, Almiro do Couto e. "Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas publicas." In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 74-110.
- SILVA, Ana Farides da. *Vocabulário forense da transação*. Bauru: Edipro, 1995.
- SILVA, Sérgio André R. G. da. "Meios alternativos de solução de conflitos no direito tributário brasileiro." *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 122. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 90-106.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma, São Paulo: IBET, Resenha Tributária, 1975.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.
- TALAMINI, Eduardo. "Sentença arbitral e liquidez." In: PEREIRA, César Guimarães; TALAMINI, Eduardo [Coord.]. *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio J. Minorini. "El Estado y el arbitraje: primera aproximación." *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 14, São Paulo: RT-IBDC, jul-set 2007, pp. 99-150.
- TESO, Ángeles de Palma del. *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. "Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa." *Revista de Direito Tributário – Cadernos de Direito Tributário*. n.º 86, São Paulo: Malheiros, 40-64, 2003, pp. 40-64.
- _____. "O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal." In: _____ (Coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público útil e do privado contemporâneo: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, pp. 558-590.

- _____. “A transação em matéria tributária: os ganhos para o contribuinte.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 8. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2007, pp. 249-260.
- _____. “Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários.” In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 299-330.
- _____. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. “Liberdade, segurança e justiça no direito tributário.” In: *Justiça tributária: direitos e garantias dos contribuintes nos atos da Administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 679-705.
- _____. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. “O poder de tributar no estado democrático de direito.” In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público útil e do privado contemporâneo: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, pp. 460-504.
- _____. “Mutações do estado fiscal.” In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Orgs.). *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 1053-1079.
- _____. “Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo.” In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 89-110.
- TREGGIARI, Ferdinando. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffè Editore, 1992, v. XLIV, p. 790-813.
- TRENTINI, Alexandra; MIJAN, Natalie Cevallos; LUCHIEZI JÚNIOR, Álvaro; ARAÚJO, Renata Machado de. “Transação tributária e os projetos de lei em trâmite no congresso nacional.” *Tributação em Revista*, n.º 56. Brasília: Sindifisco Nacional, 2010, pp. 54-61.

- UBILLOS, Juan María Bilbao. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 263-293.
- UNAFISCO. SINDIFISCO NACIONAL. *Análise do anteprojeto da lei geral de transação tributária*. Brasília: Unafisco, 2008, 12 p. Disponível em: http://www.sindificonacional.org.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=76&Itemid=172&lang=pt. Acesso em: 17 abr. 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. “Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no Direito Administrativo do século XXI.” *Fórum Administrativo*, v. 11, n. 123, Belo Horizonte: Fórum, maio 2011, pp. 9-18.
- VIEIRA, José Roberto. “O princípio da legalidade da Administração.” *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 97, São Paulo: Malheiros, janeiro-março 1991, pp.143-149.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILLEGAS, Hector Belisario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 9. ed. Astrea: Buenos Aires, 2005.
- XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ZACHARIAS, Manif. *Dicionário auxiliar de composição literária*. Florianópolis: Garapuvu, 2006.
- ZANELLO, Cristina. *Parcelamento de débitos tributários das empresas*. Curitiba: Juruá, 2010.
- ZAVASCKI, Teori Albino. “A participação do contribuinte na formação do crédito tributário.” *Revista Internacional de Direito Tributário*, V. 8. Belo Horizonte: Del Rey-Abradt, jul-dez 2007, pp. 409-416.
- ZIMMERMANN, Denny. “Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos a luz dos princípios da eficiência e do acesso à Justiça: por uma nova concepção de interesse público.” *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 12, São Paulo: RT-IBDC, jan-mar 2007, pp. 69-93.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Ato Regimental nº 5/2007*. Altera o Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, que dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 set. 2007.

_____. Advocacia-Geral da União. *Ato Regimental nº 2/2009*. Altera o Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, que dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 abr. 2009.

_____. Advocacia-Geral da União. *Portaria nº 118/2007*. Dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 fev. 2007.

_____. Advocacia-Geral da União. *Portaria nº 1.281/2007*. Dispõe sobre a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 set. 2007.

_____. Advocacia-Geral da União. *Portaria nº 481/2009*. Dispõe sobre a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 abr. 2009.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 5082/2009*. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 25 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648733.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2010.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar n.º 469/2009*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 25 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648724.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2010.

- _____. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 mar. 1972.
- _____. Decreto nº 7.392, de 13 de setembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 2010.
- _____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 mar. 1964.
- _____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973.
- _____. Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980. Estabelece normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 1980.
- _____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1980.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1996. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1996.

- _____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jun. 1994.
- _____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995.
- _____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1996.
- _____. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 1997.
- _____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997.
- _____. Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998. Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 nov. 1998.
- _____. Lei nº 9.874, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1.º jan. 1999.
- _____. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 2000.

- _____. Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS e dá outras providências, e altera as Leis 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 abr. 2000.
- _____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 2001.
- _____. Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, pessoa jurídica de direito privado, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 abr. 2002.
- _____. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003.
- _____. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2004.
- _____. Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 mar. 2007.
- _____. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mai. 2009.
- _____. Lei nº 12.016, de 27 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009.

- _____. Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 2009.
- _____. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º nov. 2011.
- _____. Lei Complementar n.º 73, de 22 de setembro de 1980. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 fev. 1993.
- _____. Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 mai. 2000.
- _____. Lei Complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 jul. 2003.
- _____. Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis n.ºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis n.ºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2001.
- _____. Medida Provisória n.º 303, de 29 de junho de 2006. Dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social nas condições que especifica e altera a legislação tributária federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jun. 2006.

-
- _____. Poder Executivo. *Exposição de Motivos Interministerial n.º 00204/2008* – MF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2008/204%20-%20MF%20AGU.htm. Acesso em: 12 nov. 2009.
-
- _____. Poder Executivo. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre Execuções Fiscais no Brasil*. São Paulo: 2007. Disponível em: http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf. Acesso em: 12 nov. 2010.
-
- _____. Poder Executivo. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Resolução ANTT nº 442/2004. Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 mar. 2004.
-
- _____. Poder Executivo. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Resolução ANELL nº 333/2008. Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 out. 2008.
-
- _____. Poder Executivo. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Receita Federal do Brasil. *Portaria Conjunta nº 6/2009*. Dispõe sobre pagamento e parcelamento de débitos junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e à Secretaria da Receita Federal do Brasil, de que tratam os arts. 1º a 13 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e estabelece normas complementares à Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 10 de março de 2009, que dispõe sobre o parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional, de que tratam os arts. 1º a 13 da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 2009.
-
- ESTADO DA BAHIA. *Lei nº 12.218/2011*. Dispõe sobre a transação de créditos tributários em âmbito judicial. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Salvador, BA, 10 jun. 2011.

ESTADO DO CEARÁ. *Lei nº 14.505/2009*. Dispõe sobre a remissão, a anistia e a transação de créditos tributários relacionados com o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre as prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, com o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e com o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações – ITCD, inscritos ou não em dívida ativa do Estado, na forma que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Fortaleza, CE, 19 nov. 2009.

ESTADO DE GOIÁS. *Lei nº 16.675/2009*. Dispõe sobre a transação e o parcelamento tributários em âmbito judicial no Estado de Goiás. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Goiânia, GO, 4 ago. 2009.

ESTADO DO PARANÁ. *Lei nº 17.082/2012*. Dispõe sobre a transação e o parcelamento tributários em âmbito judicial no Estado do Paraná. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Curitiba, PR, 9 fev. 2012.

ESTADO DE PERNAMBUCO. *Lei Complementar nº 105/2007*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, para a dispensa de propositura ou desistência de ações judiciais e recursos, transação, adjudicação de bens móveis e imóveis, compensação de créditos inscritos em precatório e requisições de pequeno valor (RPV) e determina providências correlatas. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Recife, PE, 21 dez. 2007.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.475/2000*. Introduz alterações na Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que dispõe sobre o procedimento tributário administrativo, na Lei nº 9.298, de 9 de setembro de 1991, que dispõe sobre a cobrança, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Porto Alegre, RS, 2 mai. 2000.

ESTADO DE SANTA CATARINA. *Lei nº 13.334/2005*. Institui o FUNDOSOCIAL, destinado a financiar programas de apoio à inclusão e promoção social, na forma do art. 204 da Constituição Federal, e estabelece outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Florianópolis, SC, 28 fev. 2005.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 909.075/DF. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 3 mai. 2007.

_____. Mandado de Segurança nº 11308/DF. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 abr. 2008.

_____. Recurso Especial nº 450.431/PR. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 20 out. 2003.

_____. Recurso Especial nº 572.023/RS. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 3 maio 2004.

_____. Recurso Especial nº 151.870/SP. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 jun. 2005.

_____. Recurso Especial nº 200500655726. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 1.º ago. 2005.

_____. Recurso Especial nº 227.293-RJ. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 19 set. 2005.

_____. Recurso Especial nº 801028/DF. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 8 mar. 2007.

_____. Recurso Especial nº 726.293/RS. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 mar. 2007.

_____. Recurso Especial n.º 823.934/MG. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 22 nov. 2007.

_____. Recurso Especial n.º 875.388/SP. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 out. 2008.

_____. Recurso Especial nº 1124420/MG. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 dez. 2009.

_____. Recurso Especial nº 957509/RS. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 25 ago. 2009.

_____. Recurso Especial nº 1231738/RS. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 16 nov. 2011.

_____. Recurso Especial nº 1184151/MS. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 fev. 2012.

_____. Recurso Especial nº 1198424/PR. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 abr. 2012.

_____. Súmula nº 436. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 mai. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento nº 52181. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 14 nov. 1973.

_____. Agravo Regimental nº 5206 SE. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 30 abr. 2004.

_____. Agravo de Instrumento nº 144.609. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 01 set. 1995.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2405 MC. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 17 fev. 2006.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3462. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 15 fev. 2011.

_____. Recurso Extraordinário nº 253885 RE. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 21 jun. 2002.

_____. Súmula Vinculante nº 1. *Diário da Justiça da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 31 jun. 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2009.04.00.042019-3, *Diário da Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, RS, 15 jul. 2011.

ANEXO

Tabela 1
Montante do Estoque de Débitos Apurados pela SRFB (até 04/2006)

Discriminação	Número de Processos	Valor em Mil R\$
saldo de parcelamentos	449.662	121.453.367,59
débitos em cobrança na SRF	5.684.603	101.702.158,01
débitos com exigibilidade suspensa (<i>sub judice</i>)	139.977	256.860.408,48
total	6.274.242	480.015.934,08

Fonte: Secretaria da Receita Federal do Brasil

(<http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/PassivosTributarios/Default.htm>; dados posteriores a 2006 oficialmente não disponibilizados)

Tabela 2

Estoque Total da Dívida Ativa da União (Quantidade das Inscrições em Cobrança)

	Ajuizadas	não ajuizadas	total	variação
até dez/1997	878.672	1.008.688	1.887.360	-
até dez/1998	1.129.658	1.157.635	2.287.293	21,19%
até dez/1999	1.441.765	1.736.948	3.178.713	38,97%
até dez/2000	1.940.527	1.381.150	3.321.677	4,5%
até dez/2001	2.026.684	1.617.540	3.644.224	9,71%
até dez/2002	2.394.064	1.975.570	4.369.634	19,91%
até dez/2003	2.704.829	2.320.044	5.024.873	15,0%
até dez/2004	3.028.472	2.826.653	5.855.125	16,52%
até dez/2005	3.550.332	3.038.676	6.589.008	12,53%
até dez/2006	4.145.165	3.203.958	7.349.123	11,54%
até jun/2007	4.228.542	3.381.828	7.610.370	3,55%
até dez/2008	-	-	8.122.537	6,72%
até dez/2009	-	-	6.152.934	- 24,25%
até dez/2010	-	-	-	-

Fonte: Ministério da Fazenda, PGFN, Coordenação Geral da Dívida Ativa da União – CDA

(http://www.pgfn.fazenda.gov.br/default.asp?Centro=estrutura/cda/estatistica.asp; dados 2010 não oficialmente disponibilizados)

Tabela 3
Estoque Total da Dívida Ativa da União (Valor das Inscrições em Cobrança)

	Ajuizadas	não ajuizadas	total	variação
até dez/1997	57.810.156.461,16	43.837.552.380,80	101.647.708.841,96	-
até dez/1998	105.760.809.365,52	6.114.610.219,29	111.875.419.584,81	10,06%
até dez/1999	107.348.052.647,82	17.938.729.699,08	125.286.782.346,90	11,99%
até dez/2000	114.129.083.962,01	11.551.260.390,33	125.680.344.352,34	0,31%
até dez/2001	123.947.873.713,18	26.880.257.517,82	150.828.131.231,00	20,01%
até dez/2002	158.460.044.612,83	15.715.242.973,64	174.175.287.586,47	15,48%
até dez/2003	192.951.792.078,29	18.407.565.566,67	211.359.357.644,96	21,35%
até dez/2004	237.027.915.611,81	24.930.437.352,89	261.958.352.964,70	23,94%
até dez/2005	295.947.017.219,93	38.186.118.370,21	334.133.135.590,14	27,55%
até dez/2006	376.447.594.102,14	25.231.064.053,19	401.678.658.155,33	20,22%
até jun/2007	408.926.922.060,43	24.546.390.026,97	433.473.312.087,40	7,92%
até dez/2008	-	-	565.592.023.107,58	30,47%
até dez/2009	-	-	632.962.186.670,07	11,91%
até dez/2010	-	-	633.280.253.331,96	8,71%

Fonte: Ministério da Fazenda, PGFN, Coordenação Geral da Dívida Ativa da União – CDA
 (<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/default.asp?Centro=estrutura/cda/estatistica.asp>)

Tabela 4
Quantidade de Processos de Execução Fiscal em Andamento
na Justiça Federal de Primeiro Grau (posição em 30/09/2008)

Região	Fazenda Nacional	INSS	Outras	Total
TRF1	436.964	54.877	195.597	687.438
TRF2	292.829	51.303	152.014	496.146
TRF3	676.705	101.537	239.334	1.017.576
TRF4	267.916	33.634	132.711	434.261
TRF5	176.747	3.939	81.351	262.037
total geral	1.851.161	245.290	801.007	2.897.458

Fonte: TRFs, dados que não excluem processos de execução fiscal suspensos e sobrestados; elaboração CJP/SPI (http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/Execucao_Fiscal.htm)